This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

044 103 194 106

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 20 1908

Digitized by Google

Germany. Laws, statutes, etc. Codes, Criminal

Kommentar

zum

Strafgesetzbuch

für das Deutsche Reich,

einschließlich der Strafbestimmungen der Konkursordnung.

Von

Dr. Justus Olshausen,

Oberreichsanwalt.

Siebente Auflage,

neu bearbeitet unter Mitwirkung

von

Dr. A. Zweigert, Reichsanwalt.

Erster Band.

Berlin, 1905.

Verlag von Franz Vahlen.

W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Digitized by Google

MAY 20 1908

Digitized by Google

Dem Andenken

an

Dr. Otto von Oehlschläger,

Wirklichen Geheimen Rat, Reichsgerichts-Präsident a. D.,

— verstorben am 14. Januar 1904 —

sowie an

Theodor Nessel,

Wirklichen Geheimen Oberjustizrat, Kammergerichts-Senatspräsident a. D.,

— verstorben am 11. Mai 1904 —

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Aus dem

Vorwort zur sechsten Auflage vom September 1900.

Die . . . neue Auflage hat eine erheblichere Umarbeitung erfordert, als die vorigen Auflagen. Nicht nur, weil inzwischen die Abänderungen des Strafgesetzbuchs in Kraft getreten sind, welche auf dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche beruhen, und weil das Strafgesetzbuch — abgesehen von dem Gesetze vom 27. Dezember 1899 — weitere Änderungen und Ergänzungen durch das Gesetz vom 25. Juni 1900 erfahren hat, sondern namentlich auch wegen des Inkrafttretens der gesamten neuen Zivilgesetzgebung, deren Einfluß auf das Strafrecht mannigfach sich geltend macht. Allerdings war es in der jetzigen Übergangszeit, in der die praktische Handhabung des Rechtes sich befindet, noch nicht angezeigt, mit dem Inhalte der Erläuterungen, soweit er auf die frühere bürgerliche Gesetzgebung Bezug hat, gänzlich aufzuräumen; es hat damit aber doch ein Anfang gemacht werden können, während die Zurückführung des Kommentars lediglich auf den Standpunkt des heute geltenden Rechtes einer etwaigen späteren Auflage vorbehalten bleiben muß.

Aber auch aus einem anderen Grunde waren Änderungen erforderlich. Verfasser mußte darauf bedacht sein, gegenüber der rastlos arbeitenden Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, sowie gegenüber den neuen Erscheinungen der Literatur Raum zu schaffen, wollte er nicht den Kommentar zu einem Umfang anschwellen lassen, der seiner praktischen Brauchbarkeit Eintrag getan hätte. Es sind deshalb, obschon sie durch die Neugestaltung des bürgerlichen Rechtes nicht beeinflußt wurden, eine größere Anzahl von Ausführungen weggelassen worden, die — mochten sie früher im Kommentar ihre volle Berechtigung haben — jetzt ein praktisches Interesse nicht mehr bieten, sondern höchstens ein theoretisches. Soweit letzteres der Fall, ist ausdrücklich auf die in der 5. Auflage des Kommentars (mit der die früheren Auflagen insoweit übereinstimmen) sich vorfindende Ausführung hingewiesen worden; der Verfasser glaubte dies bei der Verbreitung, die der Kommentar gefunden, sich gestatten zu dürfen, da eine der früheren Auflagen dem für die Frage sich Interessierenden leicht zur Hand sein wird. Außerdem sind ältere Literaturnachweise, insbesondere solche aus Kommentaren, die heute aus dem praktischen Gebrauche geschwunden sind, in größerer Zahl gestrichen; für denjenigen, der der älteren Literatur in ihrer Vollständigkeit ein Interesse entgegenbringt, gilt das eben Bemerkte. . . .

Vorwort zur siebenten Auflage.

Die 7. Auflage (nach berühmten Mustern etwa die Bezeichnung 7./9. Auflage zu wählen, vermag ich mich nicht zu entschließen) gibt sich ausdrücklich als Neubearbeitung; zwar war auch jede der früheren Neuauflagen einer eingehenden Durchsicht und Weiterführung unterzogen worden, so daß jede von ihnen mit Recht als „umgearbeitete" bezeichnet werden konnte; allein bei

Digitized by Google

der jetzigen Auflage, die zum ersten Male auch die Erläuterung der Strafbestimmungen der Konkursordnung — aus der Feder meines Herrn Mitarbeiters — bringen wird, durfte die Neubearbeitung um deshalb besonders betont werden, weil sie vollendet, was die vorige begonnen: der Kommentar hat sich, soweit Fragen des bürgerlichen Rechts in betracht kommen, nunmehr lediglich auf den Standpunkt des geltenden Rechts gestellt; außerdem ist die ältere Rechtsprechung, soweit sie gegenüber dem Stande der reichsgerichtlichen Judikatur entbehrlich schien, der notwendigen Kürzung wegen fortgelassen.

Wiederum habe ich meinem verehrten Freunde, Herrn Geheimrat Professor Dr. Binding, für die entgegenkommende Bereitwilligkeit zu danken, mit der er mir die Aushängebogen der eben erschienenen 2. Abteilung des zweiten Bandes seines Lehrbuchs zur Verfügung stellte; sie konnten von der 2. Lieferung des Kommentars ab, also im wesentlichen für den gesamten besonderen Teil, berücksichtigt werden. Daß die Auseinandersetzung mit diesem nunmehr abgeschlossen vorliegenden Werke nicht immer ganz leicht war, wird jeder, der es kennt, begreifen; sicher spricht aber dies nicht gegen seine Bedeutung, sondern beruht gerade auf seinem Werte und der selbständigen Stellung, die sein Verfasser vielen Fragen des Strafrechts gegenüber einnimmt.

Ein weiterer lebhafter Dank gebührt dem Mitarbeiter an der neuen Auflage; mein Freund und Kollege, Herr Dr. Zweigert, hat insbesondere die Neubearbeitung des 14. Abschnittes 2. Teils (Beleidigung) übernommen, namentlich aber auch derjenigen §§., die durch die Novelle vom 25. Juni 1900 betroffen worden sind; die Erläuterung dieser Vorschriften war in der vorigen Auflage zu kurz gekommen; die sog. lex Heinze wurde als Gesetz erst verkündet, wie jene schon im Drucke war; es ist leicht erkennbar, wie einzelne der Gesetzesstellen erst jetzt eine eingehende Erklärung gefunden haben.

Gewidmet ist die neue Auflage dem Andenken zweier von mir hochverehrter Männer, denen ich in meiner Lebenslaufbahn viel zu danken habe. Waren sie es doch, bei denen ich nach meiner ersten Anstellung im Preußischen Justizdienste — als Staatsanwaltsgehilfe — gleichsam in die praktisch-kriminalistische Schule ging; sie waren meine nächsten Vorgesetzten, der eine als Erster Staatsanwalt am damaligen Stadtgericht Königsberg i./Pr., der andere als Oberstaatsanwalt beim Ostpreußischen Tribunal. Nach mehr als 30 Jahren ununterbrochener Beziehungen — mit diesem verknüpften mich alsbald nächste Familienbande, während ich jenem, der stets als mein Gönner sich bewährte und den ich in späteren Jahren als teuren Freund verehren durfte, in den wichtigsten Stellungen meiner amtlichen Laufbahn unterstellt war, bis schließlich das Schicksal mich an seine Seite führte — rief der unerbittliche Tod beide, die aufs engste miteinander befreundet waren, im selben Jahre ab, den Jüngeren zunächst, den volle 16 Jahre älteren — meinen ehrwürdigen Schwiegervater — im eben begonnenen 90. Lebensjahre einige Monate später.

Ehre ihrem Andenken!

Leipzig, im Februar 1905.

Dr. J. Olshausen.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Zur Geschichte des Deutschen Strafgesetzbuchs 1

I. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Vom 31. Mai 1870 8

II. Gesetz, btr. die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Vom 15. Mai 1871 . . . 26

III a. Gesetz, btr. die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen. Vom 30. August 1871 26

III b. Gesetz über die Auslegung des Artikels II des Gesetzes vom 30. August 1871, btr. die Einführung des StGB. f. d. DR. in Elsaß-Lothringen. Vom 29. März 1888 28

IV. Gesetz, btr. die Ergänzung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Vom 10. Dezember 1871 29

V. Gesetz, btr. die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben. Vom 26. Februar 1876 29

VI. Gesetz, btr. die Einführung der Konkursordnung. Vom 10. Februar 1877 . 31

VII a. Gesetz, btr. den Wucher. Vom 24. Mai 1880 32

VII b. Gesetz, btr. Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher. Vom 19. Juni 1893 32

VIII. Verordnung, btr. die Einführung von Reichsgesetzen in Helgoland. Vom 22. März 1891 33

IX. Gesetz, btr. die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs. Vom 13. Mai 1891 33

X. Gesetz, btr. die Abänderung des § 69 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Vom 26. März 1893 34

XI. Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse. Vom 3. Juli 1893 . . 34

XII. Gesetz, btr. die Änderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des Strafgesetzbuchs. Vom 12. März 1894 35

XIII. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Vom 18. August 1896 . . 35

XIV. Gesetz, btr. die Abänderung des § 316 des Strafgesetzbuchs. Vom 27. Dezember 1899 36

XV. Gesetz, btr. Änderungen und Ergänzungen des Strafgesetzbuchs. Vom 25. Juni 1900 36

XVI. Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen. Vom 12. Mai 1901 37

Digitized by Google

Seite

XVII. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 38
Einleitende Bestimmungen. §§ 1—12 38

Erster Teil.

Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen im allgemeinen 83
Erster Abschnitt. Strafen. §§ 13—42 83
Zweiter Abschnitt. Versuch. §§ 43—46 141
Dritter Abschnitt. Teilnahme. §§ 47—50 163
Vierter Abschnitt. Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern. §§ 51—72 206
Fünfter Abschnitt. Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. §§ 73—79 329

Zweiter Teil.

Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und deren Bestrafung 365
Erster Abschnitt. Hochverrat und Landesverrat. §§ 80—93 365
Zweiter Abschnitt. Beleidigung des Landesherrn. §§ 94—97 388
Dritter Abschnitt. Beleidigung von Bundesfürsten. §§ 98—101 395
Vierter Abschnitt. Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten. §§ 102—104 398
Fünfter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. §§ 105—109 403
Sechster Abschnitt. Widerstand gegen die Staatsgewalt. §§ 110—122 . . . 413
Siebenter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung. §§ 123—145 480
Achter Abschnitt. Münzverbrechen und Münzvergehen. §§ 146—152 558
Neunter Abschnitt. Meineid. §§ 153—163 569
Zehnter Abschnitt. Falsche Anschuldigung. §§ 164, 165 605
Elfter Abschnitt. Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen. §§ 166—168 615
Zwölfter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf den Personenstand. §§ 169, 170 632
Dreizehnter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit. §§ 171—184 640
Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. §§ 185—200 706
Nachträge und Berichtigungen 767

Digitized by Google

Erläuterung der wesentlichsten Abkürzungen.

A. Gesetze, Verordnungen 2c.

Gesetze („G."), Verordnungen („V."), einschließlich der sog. Ordnungen („O.") und Erlasse („Erl."), bei denen ein anderes nicht bemerkt ist, bezeichnen solche des Reichs (Bundes) bzw. des Kaisers. Es bezeichnet „KabO.": Kabinettsorder, „PolV.": Polizeiverordnung.

EG. = Einführungsgesetz, ohne weiteren Zusatz: zum StGB.; insbs. EGfElL. = G. btr. d. Einführung d. StGB. in Elsaß-Lothringen.

EisenbahnB.- u. BO. = Eisenbahn-Bau- u. BetriebsO. v. 4. November 1904 (RGBl. S. 387).

Eisenbahnverkehrs O. = Eisenbahnverkehrs-Ordnung v. 26. Oktober 1899 (RGBl. S. 557).

FGG. = G. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Fassung v. 20. Mai 1898 — RGBl. S. 771).

GBO. = Grundbuchordnung (Fassung v. 20. Mai 1898 — RGBl. S. 754).

GenossenschaftsG, = G. btr. die Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften (Fassung v. 20. Mai 1898 — RGBl. S. 810).

GewerbeO. = Gewerbeordnung.

GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz (Fassung v. 20. Mai 1898 — RGBl. S. 371).

HeerO. = Heerordnung (militär. Ergänzungsbestimmungen z. D. WehrO.) v. 22. Nov. 1888.

HGB. = Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219).

IndigenatsG. = G. über den Erwerb u. den Verlust der Bundes- u. Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870 (BGBl. S. 355), i. d. Fassung des EGBGB. Art. 41.

InversicherungsG. = InvalidenversicherungsG. (Fassung v. 19. Juli 1899 — RGBl. S. 463).

KO. = Konkursordnung (Fassung v. 20. Mai 1898 — RGBl. S. 612).

KrankenversicherungsG. = Krankenversicherungsgesetz v. 10. April 1892 (RGBl. S. 417).

MStGB. = Militärstrafgesetzbuch f. d. DR. v. 20. Juni 1872 (RGBl. S. 173).

MStGO. = Militärstrafgerichtsordnung f. d. DR. v. 1. Dezember 1898 (RGBl. S. 1189).

NachdrucksG. = G. btr. d. Urheberrecht an Schriftwerken 2c. v. 11. Juni 1870 (BGBl. S. 339).

NahrungsmittelG. = G. btr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln 2c. v. 14. Mai 1879 (RGBl. S. 145).

PGO. = Peinliche Halsgerichtsordnung (Constitutio Carolina criminalis).

PaßG. = G. über das Paßwesen v. 12. Oktober 1867 (BGBl. S. 33).

PatentG. = Patentgesetz v. 7. April 1891 (RGBl. S. 79).

PersonenstdsG. = G. über die Beurkundung des Personenstandes 2c. v. 6. Februar 1875 (RGBl. S. 23).

PostO. = Postordnung v. 20. März 1900 (RGBl. S. 53).

PreßG. = G. über die Presse v. 7. Mai 1874 (RGBl. S. 82).

PrAGO. = Preuß. Allgemeine Gerichtsordnung v. 6. Juli 1793.

PrALR. = Preuß. Allgemeines Landrecht. v. 5. Februar 1794.

PrFDG. = Preuß. G. btr. den Forstdiebstahl v. 15. April 1878 (PrGS. S. 222).

PrFFPG. = Preuß. Forst- und Feld-Polizeigesetz v. 1. April 1880 (PrGS. S. 230).

PrGesindeO. = Preuß. GesindeO. v. 8. November 1810.

PrHDG. = Preuß. Holzdiebstahlsgesetz v. 2. Juni 1852 (außer Geltung).

PrStGB. = Preuß. Strafgesetzbuch v. 14. April 1851.

RAO. = Rechtsanwaltsordnung v. 1. Juli 1878 (RGBl. S. 177).

RBeamtenG. = ReichsbeamtenG. v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61).

RMG. = ReichsmilitärG. v. 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45).

RV. = Verfassung d. DR. v. 16. April 1871 (RGBl. S. 63).

SeemannsO. = Seemanns-O. v. 2. Juni 1902 (RGBl. S 175).

SpionageG = G. gg. den Verrat milit. Geheimnisse v 3. Juli 1893 (RGBl. S. 205).

SprengstoffG. = G. gg. d. verbrecherischen u. gemeingefährl. Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. Juni 1884 (RGBl. S. 61).

Digitized by Google

StGN. = Strafgesetznovelle (G. btr. die Abänderung von Bestimmungen des StGB. f. d. DR. 2c v. 26. Februar 1876; RGBl. S 25).
TelegraphenO. = Telegraphenordnung v. 16. Juni 1904 (RZBl. S. 229).
VZG. = VereinszollG. v. 1. Juli 1869 (BGBl. S. 317).
WarenzeichenschutzG. = G. z Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441)
WO. = WechselO. (BGBl. v. 1869 S 382).
WechselstempelsteuerG. = WechselstempelsteuerG. v. 10. Juni 1869 (BGBl. S. 193).
WehrG. = G. btr. d. Verpflichtung zum Kriegsdienste v. 9. November 1867 (BGBl. S. 131).
WehrO. = Deutsche WehrO. v. 22. Juli 1901.
WucherG. = G. btr. den Wucher v. 24. Mai 1880 (RGBl. S. 109).
ZwVVG. = G. über die Zwangsversteigerung u. die Zwangsverwaltung (Fassung v. 20. Mai 1898 — RGBl. S. 713).

B. Literatur.

I. Zeitschriften.

A. = Annalen des Reichsgerichts (abgeschlossen mit Bd. **10**).
A. in Zivils. = Urteile u. Annalen des RG. in Zivilsachen (abgeschlossen mit Bd. **3**).
ADR. = Annalen d. DR. f. Gesetzgebung, Verwaltung u. Statistik.
ArchBürgR. = Archiv f. bürgerliches Recht.
BadA. = Annalen der Großherzogl. Bad. Gerichte.
DJT. (1. usw.) = Verhandlungen des 1. (usw.) D. Juristentages.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
E. = Entscheidungen des btr. Gerichtshofs, hinter dem sie zitiert sind, insbs. hinter: RG. = Entsch. des Reichsg. in Straff.; RMG. = Entsch. des Reichsmilitärg.; München KassH. = Sammlg. von Entsch. des (ehem.) Obersten Gh. f. Bayern in Gegenst. des Strafr. u. Strafproz. (abgeschl. mit Bd **9**); MünchenOLG. = Sammlg. von Entsch. des Oberlandesgerichts M. in Gegenständen des Strafr. u. Strafprozesses (seit 1882, abgeschl. mit Bd. **10**); München ObersteLG. = Sammlg. von Entsch. des Obersten Landesgerichts in Straff. (seit 1902).
E. ZS. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
G. = Goltdammer, Archiv f. Strafrecht.
GS. = Gerichtssaal.
GrünhutsZ. = Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart.
HessE. = Entscheidungen des ehem. Großherzogl. Hessischen Kassationshofes.
Jahrb. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
JahrbfGVV. = Jahrbuch f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft.
MagDR. = Magazin für d. D. Recht der Gegenwart.
O. = Oppenhoff, Rechtsprechung des Ober-Tribunals (u. bzw. des Ober-Appellations-Gerichts) in Strafsachen (abgeschlossen mit Bd. **20**).
PrJMBl. = Preuß. Justiz-Ministerialblatt.
PrVMBl. = Preuß. Ministerialbl. f. d. innere Verwaltung.
R. = Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (abgeschlossen mit Bd. **10**).
RZBl. = Zentralblatt f. d. D. Reich.
SächsA. = Annalen d. Oberlandesg. zu Dresden.
SächsGZ. = Allg. Gerichtszeitung f. d. Königr. Sachsen (abgeschlossen mit Bd. **25**).
SeuffBl. = J. A. Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung.
St. = Stenglein, Zeitschrift f. Gerichtspraxis u. Rechtswissenschaft; neue Folge (abgeschlossen mit Bd. 8).
StrZ. = Allg. D. Strafrechtszeitung (abgeschlossen mit Bd. **13**).
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
WürttembGerBl. = Württembergisches Gerichtsblatt (abgeschlossen mit Bd. **21**).
ZSchweizerStR. = Zeitschr. f. Schweizer Strafrecht.
ZStrW. = Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft.

II. Hand- u. Lehrbücher, Grundrisse des Strafrechts u. -prozesses.

v. Bar **1** = v. B. Handbuch des D. Strafrechts. Bd. **1**. 1882.
Beling = B. Grundzüge des Strafrechts. 2. Aufl. 1902.
Bennecke-B. = B. u. Beling Lehrbuch d. D. Reichs-Strafprozeßrechts. 1900.
Berner = B. Lehrbuch d. D. Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Digitized by Google

Binding Grundr. = B. Grundriß des D. Strafrechts. Allg. Teil. 6. Aufl. 1902.
— Hb. 1 = B. Handbuch d. D. Strafrechts. Bd 1. 1885.
— Lb. 1, 2 = B. Lehrbuch d. gem. D. Strafrechts. Bes. Teil. Bd. 1 2. Aufl. 1902, Bd. 2 (Abt. 1) 1904; Bd. 2 (Abt. 2) 1905.
Birkmeyer Enzykl. = B. Strafrecht i. d. von B. herausgegebenen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1904.
Finger 1 = F. Lehrbuch d. D Strafrechts. Bd. 1. 1904.
Geyer 1, 2 = G. Grundriß z. Vorlesungen über gem. D. Strafrecht. Bd. 1 u. 2. 1884/85.
— Strafprozeßr. = Lehrbuch d. gem. D. Strafprozeßrechts. 1880.
Glaser 1, 2 = G. Handbuch d. Strafprozesses. Bd. 1 u. 2. 1883/85.
Hälschner 1, 2 = H. Gem. D. Strafrecht. Bd. 1 u. 2. 1881/87.
— Syst. 1, 2 = H. System d. Preuß. Strafrechts. Bd. 1 u. 2. 1858/68.
HH. 1—4 = v. Holtzendorff, Handbuch d. D. Strafrechts. Bd. 1—4. 1871/72, 1877.
HH. d. Strafpr. 1, 2 = v. Holtzendorff, Handb. d. D. Strafprozeßrechts. Bd. 1 u. 2. 1879.
HRl. = v. Holtzendorff, Rechtslexikon. 3. Aufl. 1880/81
John 1—3 = J. Strafprozeßordnung f. d. DR. Bd. 1—3. 1884/89.
v. Kries = v. Kr. Lehrbuch des D. Strafprozeßrechts. 1892.
v. Lilienthal = v. L. Grundriß z. Vorlesung über d. Strafr. 2. Aufl. 1900.
vLEuropStrafr. = v. Liszt Das Strafrecht der Staaten Europas. Bd. I. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. 1894.
v. Liszt = v. L. Lehrbuch d. D. Strafrechts. 12/13. Aufl. 1903.
Löning = L. Grundriß z. Vorlesungen über D. Strafrecht. 1885.
Lucas = L. Anleitung z. strafrechtl. Praxis, T. II: Das materielle Strafrecht.
Merkel = M Lehrbuch d. D. Strafrechts. 1889.
H. Meyer = Hugo M. Lehrbuch d. D. Strafrechts. 5. Aufl. 1895.
Rosenfeld = R. Der D. Reichs-Strafprozeß. 1904 bzw. 2. Aufl. 1905.
Schütze = Sch. Lehrbuch d. D. Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
Schütze Anh. = Wanieck u. Villnow, Anhang z. Sch. Lehrbuch. 2. Aufl. 1881.
Ullmann = U. Lehrbuch d. D. Strafprozeßrechts. 1893.
Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 = W. Strafrecht, i. d. von Kohler herausgegebenen v. Holtzendorffschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Bd. 2. 1904.
v. Wächter = v. W. D. Strafrecht; Vorlesungen (herausgeg. v. O. v. Wächter). 1881.
— Beil. = v. W. Beilagen z. Vorlesungen über das D. Strafr. Vervollständigte Ausg. 1881

III. Kommentare zum R. u. zum Pr. StGB., sowie zur RStPO.

Beseler PrStGB. = B. Kommentar z. Preuß. StGB. 1851.
v. Bomhard u. Koller = v. B. u. K. Die StPO. f. d. DR. 1879.
Frank = F. (Reinhard). D. StGB. f. d DR. 3./4. Aufl. 1903.
Goltd. Mat. 1, 2 = G. Materialien z. PStGB. Bd. 1, 2. 1851/52.
Keller = K. Die StPO. 2. Aufl. bzw. K. Das GVG. 1882 bzw. 1879.
Löwe-H. = L. Die StPO. f. d. DR. nebst dem GVG.; 11. Aufl. bearbeitet v. Hellweg. 1904.
Meves = M. Die Strafgesetz-Novelle. 1876.
Oppenh.-D. = O. Das StGB. f. d. DR. 14 Aufl., herausgeg. v. Delius. 1901.
— PrStGB. = O Das StGB. f. d. Preuß. Staaten. 6. Ausg. 1869.
Rotering = R. Polizei-Übertretungen u. Polizei-Verordnungsrecht. 1888 (dessen „Besonderer Teil" S 32 ff. enthaltend einen Kommentar zum StGB. T. II Abschn. 28).
Rubo = R. Kommentar über das StGB. f. d. DR. 1879.
Rüd.-St. = Rüdorff StGB. f. d. DR.; 4. Aufl herausgeg. v. Stenglein. 1892.
— Ergänzungen = Ergänzungen z 4. Aufl. des Rüd.-St.schen Kommentars. 1893.
v. Schwarze = v. Sch. Kommentar z. StGB. f. d. DR. 5. Aufl. 1884.
Stenglein = St. Die StPO. f. d. DR. 3. Aufl. 1898.

IV. Anderweitige Literatur, insbs. strafrechtl. Monographien.

Aldosser Unterlassungsdel. = A. Inwiefern können durch Unterlassungen strafb. Hdlgen begangen werden? 1882.
Bachem Diebst. = B. Unterschied zw. d. furtum d. röm. R. u. d. Diebst n. d. D. StGB. (Diss.) 1880.
v. Bar InternatR. = v. B. Das internationale Privat- u. Strafrecht. 1862.
— InternatPrivatr. 1, 2 = v. B. Theorie u. Praxis des internationalen Privatrechts. Bd. 1, 2. 2. Aufl. des obigen Werkes. 1889.
— Lehrbuch = v. B. Lehrbuch des internationalen Privat- u. Strafrechts. 1892.
Barre WucherG. = B. Die Wuchergesetze f. d. DR. 1893.
Bauke Zulässgkt. d. Notw. = B. D. Zulässigkeit der Notwehr gegenüber beleidigenden Äußerungen seitens d. Geistl. während des Gottesdienstes 1894.
Baumert Zurechnungsfähigkt. jugendl. Pers. = B. Über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen. 1877.

Digitized by Google

Baumgarten Versuch (v. Vers.) = B. Lehre vom Versuche d. Verbrechen. 1888.
Beling Exterritorialität = B. Strafrechtl. Bedeutung der Exterritorialität. 1896.
Berger Amerik. Duell ꝛc. = B. Amerikanisches Duell u. student. Schlägermensur. 1892.
Bernau Gefährl. Werkzeug = B. Begriff des gefährl. Werkzeugs im § 223a. 1897.
Binding Kritik = B. Der Entw. eines StGB. f. d. NDB. 1869.
— Normen I, 2 = B. Die Normen u. ihre Übertretung. Bd. I 2. Aufl. 1890, Bd. 2 1. Aufl. 1877.
Birkmeyer Ursachenbegriff = B. Über Ursachenbegriff u. Kausalzusammenhang im Strafr. 1885 (Abgedruckt im GS. 37 257 ff.).
— Teiln. = B. Die Lehre v. d. Teilnahme n. d. Rechtsprechung des D. RG. 1890.
Bisoukides Hochverrat = B. Der Hochverrat. 1903.
Blaß Elektrizität = B. Das Rechtsgut der Elektrizität im Zivil- und Strafr. 1898.
Bluntschli Völkerr. = B. Das moderne Völkerrecht. 3. Aufl. 1878.
Borchert Teiln. = B. Strafrechtl. Verantwortlichkeit f. Hdlgen Dritter, insbs. die Teilnahme am Verbr. u. die mittelbare Täterschaft. 1888.
Breithaupt Volenti non fit inj. = B. Volenti non fit injuria. 1891.
Bruck Fahrlässigkt. = B. Zur Lehre v. d. Fahrlässigkt. im heutigen D. Strafr. 1885.
— B. gg. Willensfrht. = B. Zur Lehre v. d. Verbr. gg. d. Willensfreiheit. 1875.
— Zurechnungsfhgkt = B. Zur Lehre v. d. kriminalist. Zurechnungsfähigkeit. 1878.
v. Buri Einh. u. Mehrh. = v. B. Einheit u. Mehrheit der Verbrechen. 1879.
— Kausalität = v. B. Über Kausalität und deren Verantwortung. 1873.
— Teiln. = v. B. Zur Lehre v. d. Teilnahme an den Verbr. u. der Begünstigung. 1860.
v. Calker Befehl = van C. Die strafrechtl. Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. 1891.
Casper-Liman Gerichtl. Medizin = C. Handbuch d. gerichtl. Medizin. Bd. I u. 2, 8. Aufl. bearbeitet von L. 1889.
Cohn Versuch = C. Zur Lehre vom versuchten u. vollendeten Verbr. Bd. I. 1880.
Cramer Leichnam = C. Die Behandlung d. menschl. Leichnams im Zivil- u. Strafr. 1885.
Crusen Rechtsgut d. Pietät = C. Der strafrechtl. Schutz des Rechtsguts der Pietät. 1890.
Dalcke Fragestllg. = D. Fragestellung u. Verdikt im schwurgerichtl. Verf. 2. Aufl. 1898.
— Jagdr. = D. Preußische Jagdrecht. 4. Aufl. 1903.
Dambach Telegraphenstrafr. = D. Telegraphen-Strafr. nach d. D. Gesetzgebung. 2. Aufl. 1897.
Dickel Diebst. = D. Tatbestand d. Diebstahls nach DR. (Diss.) 1877.
Dochow G.- u. G.-B. = D. Zur Lehre v. d. gewerbs- u. gewohnheitsm. Verbr. 1871.
Dörr Objekt b. Vermögensdel. = D. Über das Objekt b. d. strafb. Angriffen auf vermögensrechtl. Interessen. 1897.
Düringer u. Hachenburg = D. u. H. Handelsgesetzbuch. 1899.
Eger Preuß. Eisenbahnr. = E. Handb. d. Preuß. Eisenbahnr. Bd. I u. 2. 1886 ff.
Ellinger Verweis = E. Der Verweis i. D. RStrafr. 1899.
Endemann Eisenbahnr. = E. Recht d. Eisenbahnen. 1886.
Epstein Landesverrat = E. Der Landesverrat. 1898.
Ertel Automatenmißbrauch = E. Der Automatenmißbrauch u. s. Charakterisierung als Delikt nach dem RStGB. (Inaug.-Diss. Erlangen.) 1898.
Franz Rechtspr. = F. Rechtsprechung des OLG. Colmar in Straff.
Freudenstein Ehrenkr. = F. System des Rechtes der Ehrenkränk. 2. Aufl. 1884.
— WucherG. = F. Das Reichs-Wuchergesetz. 1882.
Freudenthal Notw. Teiln. = F. Die notwendige Teilnahme am Verbr. 1901.
Fuchs Anklage = F. Anklage u. Antragsdelikte. 1873.
Fuhr PolAuff. = F. Die Polizeiaufsicht nach d. RStGB. (Diss.) 1888.
Fuld WucherG. = F. D. Wuchergesetz i. d. Fassung des G. v. 19. Juni 1893. 1893.
Gabler Üble Nachr. = G. Das Vergehen der sog. üblen Nachrede. 1892.
Glücksmann Rechtskraft = G. Die Rechtskraft der strafprozessualen Entsch. über Einziehg. u. Unbrauchbarmachung. 1898.
Göbel Unternehmen = G. Unternehmen u. Verleiten im D. Reichsstrafr. (Diss.) 1891.
Gretener Begünstigg. = G. Begünstigung u. Hehlerei. 1879.
Gryziecki Betrug = G. Studien über den strafb. Betrug. 1870.
Günther Verschwiegenheitspfl. = G. Verschwiegenheitspflicht des Arztes (Diss.). 1894.
Guggenheimer Irrtum = G. Irrtum des Täters in bezug auf die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim B. d. Widerstandes gg. die Staatsgewalt (Diss.) 1883.
Habermaas Idealkonk. = H. Ideale Konkurrenz der Delikte. 1882.
Hahn Mat. = H. Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. 1880 ff.
Harburger Inl. = H. Der strafrechtl. Begriff Inland u. s. Beziehungen z. Völkerr. u. Staatsr. 1881.
— Teiln. = H. Teilnahme a. d. Verbr. aus § 150 StGB. (aus d. Festgabe der Münchener Jurist. Fakultät für Planck; 1887. S. 343 ff.).
Heberle Hypnose = H. Hypnose u. Suggestion im D. Strafr. 1893.

Digitized by Google

Hecker Abhdlgen = H. Über das Verhältnis des Zivilstrafr. zum Militärstrafr. u. den Begriff Militärpersonen. 1885.
— Militärstrafr. = H. Lehrbuch d. D. Militärstrafrechts. 1887.
Heffter-Geffken Völkerr. = H. Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart. 8. Ausg. bearbeitet von G. 1888.
Heinemann Idealkonk. = H. Die Lehre v. d. Idealkonkurrenz. 1893.
Heinze Erörterungen = H. Staatsr. u. strafr. Erörterungen z. d. Entw. eines StGB. f. d. NDB. 1870.
— RStrafr. = H. Das Verhältnis des Reichsstrafrechts z. d Landesstrafrecht. 1871.
Heitz Vorsatz = H. Das Wesen des Vorsatzes im heut. gem. D. Strafr. 1885.
Helmke Gewalt = H. Begriff der Gewalt im RStrafr. 1895.
Henle WucherG. = H. Die Wuchergesetze v. 24. Mai 1880 u. 19. Juni 1893. 1893.
Hertz Unrecht = H. Das Unrecht u. seine Formen. Bd. 1. 1880.
— Versuch = H. Über den Versuch mit untauglichen Mitteln. 1874.
R. Herzog Rücktritt = R. H. Rücktritt vom Versuch u. tätige Reue. 1889.
Heß Ehre = Anton H. Die Ehre u. die Beleidigung des § 185 StGB. 1891.
— Abhandlgen = Anton H. Abh. aus d. Gebiete des Zivil- u. Strafrechts 1892.
Heß Falsche Ansch. = L. H. Die Lehre v. d. falschen Anschuldigung nach d. StGB. f. d. DR. (Diff.). 1888.
Heß Anzeigepfl. = Robert H. Die Anzeigepflicht im Strafrecht. 1893.
Hiller Rechtmäßigkt. = H. Rechtmäßgkt. d. Amtsausübung im Begriffe des V. d. Widersetzlichkeit. 1873.
v. Hippel Bettel = R. v. H. Die strafrechtl. Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei u. Arbeitsscheu. 1895.
W. v. Hippel Wasserdiebst. = W. v. H. Wasser-Diebstahl. 1895.
Höpfner Einh. u. Mehrh. 1 = H. Einheit u. Mehrheit der Verbr. Bd 1. 1901.
Hofner Ehrverletzungen = H. Ehrverletzungen unter dem Schutze des § 193. 1903.
Horch Abtreibung = H. Verbr. d. Abtreibung (Diff.). 1878.
Hrehorowicz Grundbegriffe = H. Grundbegriffe d Strafr. 2. Aufl. 1882.
HRgutachten = Rechtsgutachten erstattet z. Proz. d. Grafen Arnim, herausgeg. von v. Holtzendorff. 1875.
Hubrich Redefreiheit = H. Parlamentarische Redefreiheit u. Disziplin. 1899.
Jaeger = J. KonkursO. 2. Aufl. 1904.
Jaffa = J. Der Begriff des Zuhälters im StGB. 1902.
Janka Notst. = J. Der strafrechtl. Notstand. 1878.
John Entw. = J. Entwurf mit Motiven z. einem StGB. f. d. NDB. 1868.
— RevEntw. = J. Das Strafr. in ND. Beurteilung d. Entw. eines StGB. f. d. NDB. in Form eines revidierten Entwurfs. 1870.
— Kritiken = J. Kritiken strafrechtl. Entsch. des OTr. 1866.
Kapff Unterschlagg. = K. Unterschlagung (Diff.). 1879.
Keßler Einwillgg. d. Verl. = K. Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtl. Bedeutung. 1884.
v. Kirchenheim Antragsdel. = v. K. Die rechtl. Natur d. Antragsdelikte. 1877.
Klee Wille u. Erfolg = K. Wille und Erfolg in der Versuchslehre. 1898.
Kleinfeller RGes. btr. Nichtöffentlichkt. d. Gerichtsvhdlgen = K. Das RGesetz btr. die unter Ausschluß d. Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhdlgen. 1888.
Klöppel RPreßr. = K. Das Reichspreßrecht. 1894.
Knitschky Hochverrat = K. Verbr. des Hochverrats. 1874.
Köbner Einziehung = K. Die Maßregel der Einziehung. 1892.
Köhler Strafantrag = K. Die Lehre vom Strafantrag. 1899.
— Ideal- u. Gesetzeskonk. = K. Die Grenzlinien zw. Ideal- u. Gesetzeskonk. 1900.
— Rechtsirrt. = K. Die Strafbarkeit bei Rechtsirrt. 1904.
Koffka WucherG. = K. Die Reichs-Wuchergesetze. Mit Kommentar. 1894.
Kohler Patentr. = K. Handbuch des D. Patentrechts. 1901.
— Studien 1 = K. Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. 1890.
Kohler Treue u. Glauben = K. Treue u. Glauben im Verkehr. 1893.
Kohlrausch Irrtum usw. = K. Irrtum u. Schuldbegriff im Strafr. Bd. 1. 1903.
Laband Staatsr. 1 2c. = L. Das Staatsrecht d. DR. Bd. 1—4 4. Aufl. 1901.
Lammasch Obj. Gefährlichkt. = L. Das Moment d. objektiven Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches. 1879.
Landsberg Kommissivdel. = L. Die sg. Kommissivdelikte dch. Unterlassg. im D. Strafr. 1890.
Lehmann Strafantrag = L. Zur Lehre vom Strafantrage. 1881.
Lehr Objekte d. gem. Diebst. = L. An welchen Sachen kann kein gem. Diebst. begangen werden? (Diff.) 1894.
Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz = L. D. strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. 1893.

Digitized by Google

Liebmann Pflicht d. Arztes = L. Die Pflicht d. Arztes z. Bewahrung anvertrauter Geheimnisse. 1886.
v. Lilienthal Kollektivdel. = v. L. Beiträge z. Lehre v. d. Kollektivdelikten. 1879.
– Ort d begang. Hdlg. = v. L. D. Ort der begangenen Handlung im Strafrecht (Abhdlg. i. d. Festgabe d. Marburger Jurist. Fakultät für Wetzel. 1890).
v. Liszt Falsche Ausf. = v. L. Falsche Aussage vor Gericht u. öffentl. Behörde. 1877.
– Deliktsobligationen = v. L. Die Deliktsobligationen im System d. BGB. 1898.
Lobe Einfluß = L. Über den Einfluß des BGB. auf das Strafr. 1898.
Löwenstein Verbrechenskonk. = L. Verbrechenskonkurrenz nach d. RStGB. 1883.
Loock Schutz d. Eisenbahnen = L. Der strafrechtl. Schutz der Eisenbahnen im DR. 1893.
Lucas Subj. Verschuldg = L. Die subjektive Verschuldung im heut. D. Strafr. 1882.
Mandry-G. Zivilr. Inh. d. RGes. = M. Der zivilrechtl. Inhalt d Reichsgesetze. 4. Aufl., herausgegeben von Geib. 1898.
Maschke Eigentum = M. Das Eigentum im Zivil- u. Strafr. 1895.
Matthiessen Inaug.Diss. = M. In welchem Umfange sind die Vorschriften des Allg. Teils des StGB. für die Landesgesetze bindend? (Diss.) 1894.
Maurer Zweikpf. = M. Der Zweikampf (Diss.). 1874.
Merkel Betrug = M. Die Lehre v. strafb. Betruge. 1867.
H Meyer Anfang d. Ausführung = Hugo M. Strafrechtl Untersuchung über den Anfang d Ausführung (Abhdlg. i. d. Festgabe der Tübinger Jurist. Fakultät für Berner 1892).
Nagler Teiln. am Sonderverbr. = N. Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.
Nessel Antragsber. = N. Die Antragsberechtigungen d. D. RStGB. 1873.
Neumeyer Bankerott = N. Der strafb. Bankerott. 1891.
Nissen Einziehung = N. Die Einziehung (Abhdlg. II i. d. Festgabe d. Straßb. Jurist. Fakultät f. Planck. 1887).
Oetker Rechtsirrtum = Oe. Über den Einfluß d. Rechtsirrtums im Strafr. (Diss.). 1876.
Olshausen Vorbestr. = O. Der Einfluß von Vorbestrafungen auf später zur Aburteilung kommende Straftaten. 1876.
Oppenheim Nbeuggsverbr. = O. Die Rechtsbeugungsverbrechen (§§ 336, 343, 344) des D. RStGB. 1886.
– Ärztl. R. zu Eingriffen = O. D ärztliche Recht zu körperl. Eingriffen an Kranken u. Gesunden. 1892.
— Verbrechensobj. = O. Die Objekte des Verbrechens. 1894.
Ostern Alternativität = O. Die Alternativität bei prozessualen Willenserklärungen.
Perels Allg. D. Seer. = P. Das allg. öffentl. Seerecht i DR. 1901.
Petersen-Kl. = P.-Kleinfeller, KonkursO. 4 Aufl., 190 , bearbeitet von Kleinfeller.
Reber Antragsdel. = R. Die Antragsdelikte d. D. Strafr. 1873.
Reinhardt G.ldstr. = R. Geldstrafe u. Buße (Diss.). 1890.
Reis Personenstandsflschg. = R. Die Unterdrückung u. Veränderung des Personenstandes (Diss.). 1888.
Rethwisch Begünstgg = R Begünstgg. 1880.
Reuter Raufhandel = R. D. Raufhandel i. d. RStGB. 1899.
Richter-Dove, bzw. Richter-Kahl Kirchenr = R. Lehrbuch d. Kirchenrechts. 8. Aufl., bearbeitet bis S. 650 von D., von S. 651 ab von K.
v. Risch Verjhrg. = v. R. Zur Frage d rechtl. Konstruktion d. Kriminalverjährung. 1888.
Rödenbeck Zweikpf. = R. D. Zweikampf im Verhältnis z. Tötung u. Körperverletzg. 1883.
v. Rohland Gefahr = v. R. Die Gefahr im Strafr. 2. Aufl. 1888.
— Strafb. Unterlassg. = v. R. Die strafb Unterlassung (1. Abt.). 1887.
Rotering = R Polizei-Übertretungen und Polizei-Verordnungsrecht. 1888.
— Fahrlässigkt. = R. Fahrlässigkeit u. Unfallsgefahr. 1892.
Rupp Modernes R. = R. Modernes Recht u. Verschuldung (Diss.). 1880.
Sartorius PersonenstdsG. = S. Kommentar z. Personenstdsges. 1902.
v Sarwey-B. = v. S. KonkursO. 4. Aufl. 1901, bearbeitet von Bossert.
Schels Strafr. Automatenschutz = Sch. Der strafr. Schutz d. Automaten (Diss.). 1897.
Schlosky Mundraub = Sch. Der Mundraub nach § 370[5] StGB. 1897.
Schmid Präsumtionen = Sch. Die Präsumtionen im D. Reichsstrafr. (Diss.) 1884.
Schmidt Bankbr. = Sch. Der strafbare Bankbruch. 1893.
Schrötter Preuß. Eisenbahnr. = Sch. D. Preuß. Eisenbahnrecht. 1883.
Schütze Notw. Teiln. = Sch. Die notwendige Teilnahme am Verbr. 1869.
Schwartzer Bewußtlosigkeitszust. = Sch. Die Bewußtlosigkeitszustände als Strafausschließungsgründe. 1878.
v. Schwarze Erörterungen = v. Sch. Erörterungen praktisch-wichtiger Materien aus d. D. Strafprozeßr. 1881.
— Verjährung = v. Sch. Bemerkungen z. d. Lehre v. d. Verjährung. 1866.
— WucherG. = v. Sch. ReichsG. btr. den Wucher. 1881.
A. Schwarze Futterdiebst. = Arthur Sch. Der sog. Futterdiebstahl nach D. Recht.

Digitized by Google

Schwedler Parlament. Rechtsverletzgen = Sch. Parlamentarische Rechtsverletzungen nach D. Reichsr. 1898.
Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrs. = S. Der Bruch des amtl. Gewahrsams i. S. des § 133 StGB. (Diss.) 1901.
Simonson Vorteil = S. Der Begriff des „Vorteils" u. s. Stellung im D. Strafr. 1889.
Sontag Festungsh. = S. Die Festungshaft. 1872.
— Redaktionsvers. = S. Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers. 1874.
v. Spezhardt Versicherungsbtr. = v. S. Der Versicherungsbetrug im RStGB. 1885.
Staub = St. Handelsgesetzbuch. 6./7. Aufl. 1900.
Stenglein RStrafnebengs. = St. Die strafrechtl. Nebengesetze des DR. in der 3. Aufl. bearbeitet von Stenglein; 1902. Die erste in Verbindung mit anderen bearbeitete Aufl — 1893 — ist zitiert als StRStrafnebengs., unter Beifügung des Namens des btr. Bearbeiters.
Stammler Notstand = St. Darstellung d. strafrechtl. Bedeutung d. Notstandes. 1878.
Stein Privates Wissen = St. Das private Wissen des Richters. 1893.
Steinitz Kompensation = St. Die sog. Kompensation im RStGB. 1894.
Stern Nötigg u. Erpressg. = St. Über das Verhältnis zw. Nötigung u. Erpressung. (Diss.) 1901.
Stiegele PersonenstdsG. = St. Das Reichsgesetz 2c. vom 6. Febr. 1875. 1875.
Stoos Vermögensstr. = St. Zur Natur der Vermögensstrafen. 1878.
— Chirurg. Operation = St. Chirurgische Operation u. ärztl. Behandlung. 1898.
v. Streit Widersetzung = v. St. Widersetzung gg. die Staatsgewalt (§ 113 StGB.). 1892.
Sturm Unterlassungsdel. = St. Die Kommissivdelikte durch Unterlassung u. die Omissivdelikte. 1883.
Supper Eisenbahnstrafr. = S. Das deutsche Eisenbahnstrafrecht. (Diss.) 1893.
Teichmüller Bestechung = T. Die Bestechung nach dem StGB. f. d. DR. (Diss.) 1887.
Thomsen Versuch = Andreas Th. (d. j.). Vers. der durch einen Erfolg qualifizierten Delikte. 1895.
— Verbrechensmotiv = „Untersuchungen" über den Begriff des Verbrechensmotivs. 1902.
Villnow Raub = V. Raub u. Erpressung, Begünstigung u. Hehlerei. 1875.
v. Völderndorff = v. V. KonkursO. 2. Aufl. 1885.
Völk PersonenstdsG. = V. Das Reichsgesetz 2c. vom 6. Febr. 1875. 3. Aufl. 1876.
Vogt Entsch. = Entscheidungen des Hanseat. OLG. in Straff. v. 1879—1897.
Vollert Kritik d. Entw. = V. Kritik d. Entw. eines StGB. f. d. NDB. 1870.
— Kritik d. rev. Entw. = V Der revidierte Entw. eines StGB. f d NDB. 1870.
Vorberg Einziehung = V. Einziehung d. Produkte u. Werkzeuge eines Delikts ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten nicht o. gehören. (Diss.) 1895.
v. Wächter Kritik = v. W. Beitrag z. Geschichte u. Kritik eines StGB. f. d. NDB. 1870.
Wagner Jagdgesetzgbg. = W. Die Preuß. Jagdgesetzgebung. 2. Aufl. 1889.
Weber Vollstreckung v. Vermögensstr. = W. Die Vollstreckung v. Vermögensstrafen i. d. Nachlaß. 1900.
Wehrli Kindsmord = W. Der Kindsmord. Dogmatisch-kritische Studie. 1889.
v. Weinrich Haftpflicht = v. W. Die Haftpflicht wg. Körperverletzung u. Tötung eines Menschen. 1883.
Wertheimer Mischgesetze = W. Mischgesetze des D. StGB. 1903.
v. Wilmowski-L. KO. = v. W. Reichs-KonkursO., fortgesetzt von K. u. A. Kurlbaum u. Kühne. 5. bzw. 6. Aufl. 1905.
Ziebarth Forstr. = Z. Das Forstrecht. 1887/89.

C. Judikatur.

RG. I, II, III o. IV = Entscheidung des I., II., III. o. IV. Strafsenats d. Reichsgerichts.
RG. I 2c. ZS. bzw. — I 2c. ZHS. = Entscheidung des I. 2c. Zivilsenats bzw. des — I. 2c. — Hilfssenats d. Reichsgerichts
RG. FS. = Entscheidung des Feriensenats des Reichsgerichts.
RG. Pl. = Entscheidung des Plenums des Reichsgerichts.
RG. II, III = Entscheidung des vereinigten II. u. III. Strafsenats des Reichsgerichts.
RG. VZS. = Entscheidung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts.
RG. VStS. = Entscheidung der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts.
Zitiert sind diese Urteile nach den „Entscheidungen" (diejenigen in Straff. zit. als „E.", die in Zivils. als „EZS."), wenn sie dort nicht publiziert sind, früher wesentlich nach der chronologisch geordneten „Rechtsprechung" („R"), vereinzelt auch nach den „Annalen" („A."), jetzt nach Goltdammers Archiv („G.").
RMG. I, II o. III = Entscheidung des I., II. o. III. Senats des Reichsmilitärgerichts.
RMG. Pl. = Entscheidung des Plenums des Reichsmilitärgerichts.

Digitized by Google

ROHG. = Urteil des ehemaligen Reichs- (Bundes-) Oberhandelsgerichts.
Berlin KG. = Urteil des Kammergerichts zu Berlin.
Berlin o. **Berlin OTr.** bzw. **Berlin OAG.** = Urteil des ehem. Ober-Tribunals bzw. Ober-Appellationsgerichts zu Berlin. Zitiert sind diese letzteren Urteile nach Stenglein's Zeitschrift („St."), wenn sie dort nicht publiziert sind, wesentlich nach der chronologisch geordneten Oppenhoffschen Rechtsprechung („O ").

Im Übrigen sind die Urteile der ehem. obersten Landesgerichte in Strafsachen mit dem Namen der btr. Städte bezeichnet, in welchem sie ihren Sitz hatten, entsprechend die Urteile der jetzigen Oberlandesgerichte, diese mit dem Zusatze „OLG.". Das jetzige Bayerische Oberste Landesgericht (Strafsenat) ist bezeichnet mit: **München OberstesLG.**

D. Anderweitige Abkürzungen.

Aktenst. = Aktenstücke des Reichstags (übereinstimmend mit den Nrn. der sog. Drucksachen) als Anl. der Stenogr. Berichte; ohne weiteren Zusatz die der Session 1870.
aF. = alte Fassung.
AM. = Anderer Meinung.
Anh. I ꝛc. d. Motive u. **Anl. I** ꝛc. z. d. Motiven = Anhang I—V bzw. Anlage 1—4 der Motive des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes eines StGB. f. d. Norddeutschen Bund.
BGBl. = Bundes-Gesetzblatt.
Bundesrats-Entw. = Der dem Reichstage seitens des Bundesrats vorgelegte Entwurf eines StGB. f. d. Norddeutschen Bund.
D. = Deutsch; insbs.: **DB.** = D. Bund; **DR.** = D. Reich.
Entw. I = Entwurf eines StGB. f. d. Norddeutschen Bund vom Juli 1869.
Entw. II = Der sog. Kommissions-Entw. (s. u.) und der dem Reichstage vorgelegte Entwurf, insoweit dieselben übereinstimmen.
Entw. I, Bundesratsvorl., RTvorl. des **EGBGB.** = Entwürfe des EinführungsG. z. BGB., u. zwar der 1. Kommission, bzw. nach der Bundesrats- u. nach der Reichstagsvorlage.
GM. = Gemeine Meinung.
GR. = Gemeines Recht.
GS. = Gesetz-Sammlung, insbs. f. d. Preuß. Staaten.
GStA. (z. Berlin) = General-Staatsanwalt bei den ehem. höchsten Gerichtshöfen zu Berlin.
Kommissions-Entw. = Entwurf eines StGB. f. d. Nordd. Bund v. 31. Dezember 1869.
Motive = Die amtlichen Motive zu dem dem Reichstage vorgelegten Entwurf eines StGB. f. d. Norddeutschen Bund; als Motive II zitiert im Gegensatz zu den Motiven des Entwurf I (sog. Motive I).
ND. = Norddeutsch; insbs. **NDB.** = NDBund.
nF. = neue Fassung.
ORA. = Oberreichsanwalt.
R. = Reich; **RGBl.** = Reichs-Gesetzblatt; **RT.** = Reichstag; **RV.** = Reichsverfassung.
StAschaft. = Staatsanwaltschaft.
StB. = Stenographische Berichte des Reichstags; ohne weiteren Zusatz diej. der Session 1870.
So = Derselben Meinung.
UnfzB. öffentlÄmter = Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter.
VbERR. = Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte.
V. (Verbr.) u. V. (Verg.) = Verbrechen und Vergehen.
V., V. u. Übertr. = Verbrechen, Vergehen und Übertretungen.
ZulPolAuff. = Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht.
ZuG. = Zuständigkeit des Reichsgerichts.
SchöffenG. = Zuständigkeit des Schöffengerichts.
SchöffenG. bzw. **AR.** = Zuständigkeit des Schöffengerichts mit Befugnis des Amtsrichters zur selbständigen Aburteilung des geständigen Angeklagten.
SchwG. = Zuständigkeit des Schwurgerichts.
Strafk. = „ der Strafkammer.
Strafk. bzw. **SchöffenG.** = Zuständigkeit der Strafkammer mit Befugnis zur Überweisung an das Schöffengericht.

Digitized by Google

Zur Geschichte des Deutschen Strafgesetzbuchs.

Während der Entwurf einer Verfassung des Norddeutschen Bundes unter den Gegenständen, die seiner gemeinsamen Gesetzgebung unterliegen sollten, das Strafrecht noch nicht erwähnte, erhielt Artikel 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, auf den Antrag des Abg. Lasker, demnächst folgende Fassung:

„Der Beaufsichtigung seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten:

13) die gemeinsame Gesetzgebung über das . . . Strafrecht . . . und das gerichtliche Verfahren."

Hierauf gestützt beantragten die Abgeordneten Wagner und Planck bereits in der Sitzung des Reichstages vom 30. März 1868:

„den Bundeskanzler aufzufordern, Entwürfe eines gemeinsamen Strafrechts und eines gemeinsamen Strafprozesses sowie der dadurch bedingten Vorschriften der Gerichtsorganisation baldtunlichst vorbereiten und dem Reichstage vorlegen zu lassen."

Nach Annahme dieses Antrages seitens des Reichstages, und nachdem der Bundesrat, im Anschluß an den Antrag des Ausschusses für Justizwesen, beschlossen hatte:

„den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf

1. eines gemeinsamen Strafgesetzbuchs,
2. einer gemeinsamen Strafprozeßordnung

für die Staaten des Norddeutschen Bundes, und zwar zunächst den Entwurf eines gemeinsamen Strafgesetzbuchs, ausarbeiten zu lassen und dem Bundesrate zur weiteren Beschlußfassung vorzulegen."

ersuchte der Bundeskanzler unterm 17. Juni 1868 den damaligen Preuß. Justizminister Leonhardt, die Ausarbeitung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund zu veranlassen. Mit derselben wurde der damalige Geheime Ober-Justizrat, nachmalige Preuß. Justizminister v. Friedberg beauftragt, und wurden ihm der Kreisrichter, demnächstige Präsident der Preuß. Zentral-Boden-Kredit-Aktiengesellschaft Rüdorff sowie der Gerichtsassessor, spätere Amtsgerichtsrat und Professor Rubo als Hilfsarbeiter zugeordnet.

Bereits im Juli 1869 konnte der Entwurf, dem das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851 als Vorbild und Grundlage diente, vorgelegt werden und er wurde mittels Schreibens vom 31. Juli 1869 vom Preuß. Justizminister dem Bundeskanzler überreicht. Der Druck dieses sog. „Ersten Entwurfs" (zitiert als Entw. I), der außer dem Entwurf des Strafgesetzbuchs selbst auch denjenigen eines EinführungsG. enthielt, ist vom „Juli 1869" datiert. Beigegeben waren ihm in fünf besonderen Druckheften Motive zum Strafgesetzbuch und zum Einführungsgesetze (zitiert als Motive

Digitized by Google

zum Entw. I) sowie vier Anlagen (1. Vergleichende Zusammenstellung strafrechtlicher Bestimmungen aus deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen. 2. Über die Todesstrafe. 3. Erörterungen strafrechtlicher Fragen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medizin. 4. Über die höchste Dauer zeitiger Zuchthausstrafe.).

Der Entwurf wurde alsbald der Vorberatung einer von dem Bundesrat zu diesem Ende erwählten, aus sieben Juristen Norddeutschlands zusammengesetzten Kommission unterbreitet und gleichzeitig, zur Förderung der dieser Kommission gestellten Aufgabe, der Öffentlichkeit und der allgemeinen Beurteilung übergeben.

Unter Vorsitz des Preuß. Justizministers trat die Kommission, zu deren Referenten v. Friedberg ernannt wurde, am 1. Oktober 1869 zusammen und überreichte dem Bundeskanzler als das Resultat ihrer Arbeit den gedruckten „Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 31. Dezember 1869", welcher wiederum den Entwurf eines Einführungsgesetzes mit umfaßte. Motive waren diesem sog. Kommissions-Entwurfe nicht beigegeben.

Nachdem er den Bundesregierungen mitgeteilt war, wurde er zunächst vom Bundesrate dem Justizausschuß zur Berichterstattung überwiesen. In der Bundesratssitzung vom 11. Februar 1870 wurde der Entwurf in der dem Reichstage demnächst vorgelegten Fassung festgestellt. Dieser sog. Bundesrats-Entwurf unterscheidet sich von dem der Kommission nur in wenigen Punkten (vgl. StGB. §§ 34 und 214 sowie EG. §§ 1 N. 1, 2 N. 1 und 5 N. 1). Der Kürze halber zitieren wir deshalb im Gegensatze zum Entw. I lediglich einen Entw. II und unterscheiden nur da, wo Abweichungen zwischen dem zweiten und dritten Entwurfe sich zeigen, den „Kommissions-Entw." vom „Bundesrats-Entw.".

Dem am 14. Februar 1870 eröffneten Reichstage wurden am selben Tage die beiden Entwürfe vorgelegt (vgl. Aktenst. Nr. 5, StB. 3 2—122 und die je in sich gezählten Anlagen), und zwar derjenige zum Einführungsgesetze ohne, derjenige zum StGB. selbst mit Motiven (zitiert als „Motive" oder als „Motive zum Entw. II"), für welche die Motive zum Entw. I wesentlich benutzt worden waren. Dieselben enthalten fünf, als Anh. I ꝛc. d. Motive zitierte Anhänge (I. Die Aufnahme der Übertretungen und deren Behandlung im Entwurf. II. Die im Königreich Sachsen über die vorläufige Entlassung bestehenden Vorschriften. III. Die Polizei-Aufsicht. IV. Mildernde Umstände. V. Exkurs zu den §§ 128 und 129 des Entwurfs.).

Außerdem sind dem Entwurf dieselben vier Anlagen wie dem Entw. I beigefügt (zitiert als Anl. 1 ꝛc. z. d. Motiven).

Unter Leitung des Präsidenten v. Simson — des späteren ersten Präsidenten des Reichsgerichts — fand die erste Beratung über die geschäftliche Behandlung der Gesetzesvorlage in der Reichstagssitzung vom 22. Februar 1870 (StB. I 41—55) statt und führte zu dem Resultat, daß auf Antrag des Abg. Albrecht beschlossen wurde:

„für die Vorberatung des StGB. eine Kommission von 21 Mitgliedern zu wählen und derselben den Abschn. VIII und die folgenden Abschnitte

Digitized by Google

des Zweiten Teils zu überweisen, im übrigen aber über die vorangehenden Abschnitte in die zweite Lesung einzutreten."

Zum Vorsitzenden der Kommission, welche einen schriftlichen Bericht nicht erstattete, wurde der General-Staatsanwalt v. Schwarze gewählt. (Vgl. die Abänderungsvorschläge der Kommission in den Aktenstücken Nr. 85 über T. II Abschn. 8—22, Nr. 92 über T. II Abschn. 23—27 und Nr. 105 über T. II Abschn. 28 und 29 des StGB.)

Die am 28. Februar begonnene zweite Beratung beanspruchte zwanzig Sitzungen; die fünf im April abgehaltenen waren den der Kommission überwiesenen Abschnitten gewidmet. (Vgl. StB. 1 95 ff. und Aktenst. Nr. 132 btr. die Zusammenstellung d. Entw. mit den bei der 2. Beratung gefaßten Beschlüssen, StB. 4 451 ff.)

Die dritte Beratung endlich, bei welcher der in der zweiten gefaßte Beschluß betreffend die Aufhebung der Todesstrafe wieder rückgängig gemacht wurde, fand in den Sitzungen vom 23. bis 25. Mai statt; erleichtert wurde diese Beratung durch die unter den sog. Vertrauensmännern vereinbarten Anträge (Aktenst. Nr. 182), welche fast durchweg zur Annahme gelangten. Nach erfolgter Schlußredaktion wurde der Entwurf am 25. Mai mit sehr großer Majorität angenommen. (StB. 2 1119 ff.; Aktenst. Nr. 212.)

Am 31. Mai 1870 wurde das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vollzogen und in der vom 8. Juni 1870 zu Berlin ausgegebenen Nr. 16 des Bundesgesetzblattes publiziert (zitiert als Fassung I); s. u. S. 8 unter I. Mit dem 1. Januar 1871 sollte das Strafgesetzbuch im Gebiete des Norddeutschen Bundes in Kraft treten. Auf diesen Tag fiel jedoch die Gründung des Deutschen Reiches (vgl. Laband Staatsr. 1 44), und da nach Artikel 80 Abs. 2 der Verfassung des Deutschen Bundes (BGBl. 1870 S. 649) in Hessen südlich des Main vom Tage der Wirksamkeit dieser Verfassung an das Strafgesetzbuch in Kraft trat, so war das Geltungsgebiet des StGB. von vornherein ein größeres als das Gebiet des ehemaligen Norddeutschen Bundes.

Nachdem darauf durch § 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 btr. die Verfassung des Deutschen Reichs (BGBl. S. 63) bestimmt worden war, daß da, wo in den im Art. 80 der Verfassung bzw. an den btr. Stellen der Beitrittsverträge bezeichneten Gesetzen, namentlich also auch im StGB., vom Norddeutschen Bunde die Rede sei, das Deutsche Reich verstanden werden solle, wurde unterm 1. Mai 1871 der Entwurf eines Gesetzes btr. die Redaktion des StGB. für den Norddeutschen Bund als StGB. für das Deutsche Reich nebst Motiven vorgelegt (Aktenst. Nr. 89 von 1871). Die drei Lesungen dieses Gesetzentwurfes fanden am 5., 8. und 9. Mai statt (StB. 1 556, 571 und 601); nach seiner unveränderten Annahme wurde das Gesetz am 15. Mai vollzogen und in der am 14. Juni 1871 zu Berlin ausgegebenen Nr. 24 des RGBl. S. 127 publiziert; s. u. S. 26 unter II. Ihm zufolge trat das als Anlage beigefügte Strafgesetzbuch in seiner neuen Fassung (zitiert als Fassung II) am 1. Januar 1872 in Kraft; es unterschied sich, abgesehen von den redaktionellen Änderungen und der Verbesserung eines Druckfehlers im § 90 2, materiell nur in

Digitized by Google

den §§ 102, 103 sowie 149 vom StGB. f. d. NDB. Das Einführungsgesetz unterlag einer neuen Redaktion nicht.

Bereits vorher — am 1. Oktober 1871 — hatte das Strafgesetzbuch in Elsaß-Lothringen kraft Einführungsgesetzes vom 30. August 1871 — GBlfEL. S. 255 — (s. u. S. 26 unter III a) Geltung erlangt, und zwar von vornherein in der neuen Fassung. Auf Grund eines in der II. Session 1887/88 des Reichstages seitens der verbündeten Regierungen eingebrachten Entwurfes (Aktenst. Nr. 191; StB. 4 828 f.), der im Reichstage unveränderte Annahme fand (StB. 2 1392, 1398), hat der Art. II des EG. durch Gesetz vom 29. März 1888 — publiziert in der am 31. März 1888 zu Berlin ausgegebenen Nr. 16 des RGBl. — eine authentische Auslegung erfahren (s. u. S. 28 unter III b). Wegen der für Erlaß dieses Gesetzes maßgebenden Gründe vgl. die Begründung des Entwurfes in den StB. 4 828 f.

Am 1. Januar 1872 trat das Strafgesetzbuch mit dem Einführungsgesetze in Baden, Württemberg und Bayern in Kraft und zwar nach Art. 80 der Verfassung des DB. und Nr. III § 8 des Vertrages mit Bayern vom 23. November 1870, beide aufrechterhalten durch § 2 des G. btr. die Verfassung des DR. vom 16. April 1871 (BGBl. S. 63), bzw. was Bayern betrifft, nach § 7 des G. btr. die Einführung Norddeutscher Bundesgesetze in Bayern vom 22. April 1871 (BGBl. S. 89). Ausgeschlossen blieb von der Einführung in Bayern nur § 4 des Einführungsgesetzes.

So erlangte das StGB. in den eben genannten drei Königreichen sofort in der neuen Fassung Geltung, die aber bereits zufolge G. btr. die Ergänzung des StGB. vom 10. Dezember 1871 (RGBl. S. 442, ausgegeben zu Berlin den 14. Dezember 1871) durch Einschaltung des § 130a eine Ergänzung erfahren hatte; s. u. S. 29 unter IV. In Elsaß-Lothringen erlangte § 130a erst später, nämlich durch V. vom 15. Juni 1872 (GBlfEL. S. 351), Geltung. Demnächst wurden durch § 14 des G. über den Markenschutz vom 30. November 1874 (RGBl. S. 143) und durch § 67 des G. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 (RGBl. S. 23) die §§ 287 und 337 StGB. ersetzt.

Eine umfassendere Abänderung des StGB. wurde durch die sog. Strafgesetznovelle vorgenommen. Am 23. November 1875 wurde dem Reichstag seitens des Reichskanzlers der Entwurf eines Gesetzes, btr. die Abänderungen von Bestimmungen des StGB. und die Ergänzung desselben, nebst Motiven vorgelegt (Aktenst. Nr. 54 von 1875/76). Die erste Lesung über die geschäftliche Behandlung fand am 3. Dezember 1875 (StB. 1875/76 I 385 bis 410) statt, und wurde — ähnlich wie beim Entwurfe des StGB. — ein Teil des Entwurfs einer Kommission zur Vorberatung überwiesen, hinsichtlich des übrigen Teils desselben dagegen die sofortige Beratung im Plenum beschlossen. Dieselbe erfolgte am 14. Dezember 1875 und am 27., 28. und 29. Januar 1876 (StB. 1875/76 1 621—658; 2 939—1030), diejenige des der Kommission überwiesenen Teiles, welche — unter dem Vorsitze v. Simsons tagend — mündliche Berichterstattung beschloß, vom 20. bis 24. Januar 1876 (StB.

Digitized by Google

1875/76 2 787—878). Die dritte Lesung fand endlich am 9. und 10. Februar statt (StB. 1875/76 2 1302—1364). Unterm 26. Februar 1876 wurde das G., btr. die Abänderung von Bestimmungen des StGB. und die Ergänzungen desselben, vom Kaiser vollzogen und in der am 6. März zu Berlin ausgegebenen Nr. 6 des RGBl. S. 25 publiziert, so daß es vom 26. März 1876 ab in Geltung trat; s. u. S. 29 unter V. Die Bekanntmachung btr. die Redaktion des StGB. seitens des Reichskanzlers (zitiert als Fassung III), ebenfalls vom 26. Februar datiert, erfolgte gleichzeitig (RGBl. S. 39).

Ferner sind durch § 3[3] des G. btr. die Einführung der Konkurs-Ordnung vom 10. Februar 1877 (RGBl. S. 390) die Vorschriften der §§ 281—283 StGB. vom Tage des Inkrafttretens der Konkurs-Ordnung, d. h. vom 1. Oktober 1879 ab, aufgehoben und durch die in ihrem dritten Buche enthaltenen Strafbestimmungen ersetzt worden; s. u. S. 31 unter VI.

Während der Reichstagssession 1879 wurde, infolge der Anträge des Abgeordneten Reichensperger (Olpe) btr. den Zinssatz und die Wechselfähigkeit sowie der Abgeordneten v. Kleist-Retzow und Gen. btr. den Wucher eine Kommission niedergesetzt, welche nach dem schriftlichen Berichte des Abgeordneten v. Schwarze einen Gesetzentwurf vorschlug, nach dessen Art. 1 hinter StGB. § 302 vier neue Paragraphen (§§ 302a—d) eingeschaltet und nach dessen Art. 2 der § 360[12] StGB. durch eine andere Bestimmung ersetzt werden sollte; dieser Kommissionsbericht gelangte jedoch nicht mehr zur Beratung des Reichstages. Es wurde aber nunmehr dem im Januar 1880 versammelten Reichstage seitens der verbündeten Regierungen unterm 13. März der Entwurf eines G. btr. den Wucher vorgelegt und derselbe in erster Beratung am 8. April einer Kommission überwiesen, die — unter dem Vorsitze von Reichensperger (Olpe) — mündliche Berichterstattung beschloß; die zweite Beratung fand am 20. und 22. April, die dritte am 7. Mai statt. Das Gesetz, durch welches hinter § 302 die §§ 302a, 302b, 302c, 302d neu eingestellt wurden, die Nr. 12 des § 360 aber eine neue Fassung erhielt, wurde demnächst am 20. Mai vollzogen und in der am 31. Mai 1880 zu Berlin ausgegebenen Nr. 10 des RGBl. publiziert, so daß es vom 14. Juni 1880 ab in Geltung trat; s. u. S. 32 unter VIIa.

Eine weitere Ergänzung hat das Strafgesetzbuch durch Art. IV des Gesetzes btr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen vom 5. April 1888 erfahren, indem dadurch dem § 184 des Strafgesetzbuchs ein zweiter Absatz hinzugefügt wurde (vgl. hierüber 5. Aufl. d. Kommentars S. 5 f.). Der Inhalt dieses Abs. 2 des § 184 ist jedoch jetzt zuf. Ges. vom 25. Juni 1900 (s. u. S. 7 sowie S. 36 unter XV) als § 184b in das StGB. eingestellt.

Im Jahre 1891 wurde das Geltungsgebiet des Strafgesetzbuchs erweitert. Nachdem die Insel Helgoland nebst Zubehörungen, zufolge § 1 des Gesetzes btr. die Vereinigung von Helgoland mit dem Deutschen Reiche vom 15. Dezember 1890 (RGBl. S. 207), dem Bundesgebiete hinzugetreten war, erlangten auf Grund der Bestimmung im § 6 dieses Gesetzes durch die am 1. April 1891 in Kraft getretene Verordnung btr. die Einführung von Reichsgesetzen in Helgo-

Digitized by Google

land vom 22. März 1891 (RGBl. S. 21) — und zwar speziell durch Art. I Nr. IX derselben — das EG. zum StGB. vom 21. Mai 1870 und das Strafgesetzbuch selbst auf der Insel Helgoland Geltung; s. u. S. 33 unter VIII.

In der I. Session 1890/91 wurde seitens der Bundesregierungen, um eine notwendige Ergänzung der auf das Post- und Telegraphenwesen bezüglichen Bestimmungen des StGB. herbeizuführen, der Entwurf eines Gesetzes btr. Abänderungen von Bestimmungen des StGB. vorgelegt, der vorschlug: die Hinzufügung eines Abs. 2 zum § 276 (Art. I), den Ersatz der §§ 317 und 318 durch andere Bestimmungen (Art. II), die Einschaltung eines § 318a (Art. III), eine veränderte Fassung des § 360 Nr. 4 (Art. IV), endlich die Hinzufügung eines Abs. 2 zum § 364 sowie einer Nr. 5a zum § 367 (Artt. V u. VI); vgl. Aktenst. Nr. 36 StB. Anlagebd. 1 234. Auf Grund stattgehabter Kommissionsberatung wurde der Entwurf nach den Vorschlägen der Kommission (Aktenst. Nr. 242 StB. Anlagebd. 3 1849), welche Abänderungen gegenüber dem Bundesratsentwurf nur in den Artt. II § 317 u. III enthielten, in zweiter und dritter Beratung — in letzterer ohne Debatte — unverändert angenommen (StB. 3 1968 ff., 4 2233 ff.). Das Gesetz wurde demnächst unterm 13. Mai 1891 vollzogen und in der am 22. Mai 1891 zu Berlin ausgegebenen Nr. 15 des RGBl. publiziert, so daß diese Abänderung des StGB. vom 5. Juni 1891 ab in Geltung trat; s. u. S. 33 unter IX.

Die II. Session 1892/93 brachte mehrfache Abänderungen und Ergänzungen des StGB. Zunächst wurde auf Antrag des Abgeordneten Rintelen (Nr. 67 [berichtigt] u. 188 der Drucks.) nach dreimaliger Beratung im Plenum § 69 zus. G. vom 26. März 1893 (RGBl. S. 133 in der am 29. März 1893 zu Berlin ausgegebenen Nr. 10) durch eine neue Bestimmung mit Geltungskraft vom 12. April 1893 ab ersetzt — s. u. S. 34 unter X —, um die Verjährung strafbarer Handlungen der Mitglieder des Reichstages und der gesetzgebenden Versammlungen der Bundesstaaten zu verhüten. Ferner wurde seitens der Bundesregierungen der Entwurf eines Gesetzes, btr. Ergänzungen der Bestimmungen über den Wucher eingebracht (Drucks. Nr. 70), der in den das StGB. betreffenden Bestimmungen nach stattgehabter Kommissionsberatung (Drucks. Nr. 141) auf Grund der zweiten und dritten Beratung im Plenum, von einer redaktionellen Veränderung abgesehen, unverändert angenommen (Drucks. Nr. 212) und demnächst als G. vom 19. Juni 1893, in der zu Berlin am 24. Juni 1893 ausgegebenen Nr. 24 des RGBl. verkündet, mit dem 8. Juli 1893 in Geltung trat. Durch dieses Gesetz erhielten die §§ 302a und 302d eine andere Fassung, während hinter § 302d ein neuer § 302e und in den § 367 eine neue Nr. 16 eingestellt wurde; s. u. S. 32 unter VIIb. Endlich wurde der bereits in der I. Session 1890/92 (Drucks. Nr. 686) seitens der Bundesregierungen eingebrachte „Entwurf eines G. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse“ unterm 12. Dezember 1892 (Drucks. Nr. 63) von neuem eingebracht; nach stattgehabter Beratung in der Kommission wurde der Entw., soweit die Abänderungen des StGB. in Frage kommen, nach den Beschlüssen derselben (Drucks. Nr. 171) auf Grund der

Digitized by Google

zweiten und dritten Beratung im Plenum angenommen. Das in der am 14. Juli 1893 zu Berlin ausgegebenen Nr. 27 des RGBl. verkündete G. v. 3. Juli 1893 — s. u. S. 34 unter XI — trat mit dem 28. desselben Monats in Kraft.

In der II. Session 1893/94 wurde zunächst seitens der Bundesregierungen der schon früher vorgelegte Entwurf eines Gesetzes btr. die Abänderung des G. über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des StGB. von neuem eingebracht (Druckf. Nr. 57); er wurde nach der ersten Beratung im Plenum (Sitzung v. 4. Dez. 1893; StB. S. 251 ff.) einer Kommission zur Vorberatung überwiesen und auf Grund mündlichen Berichts (Druckf. Nr. 117) sowie zweiter und dritter Beratung (Sitzungen v. 26. Jan. und bzw. v. 1. u. 8. Feb. 1894; StB. S. 893 ff. u. bzw. S. 977 ff., 1101 ff.) in der demnächst unterm 12. März 1894 zum Gesetz erhobenen Fassung (RGBl. S. 259) mit Geltungskraft vom 1. April 1894 festgestellt (s. u. S. 35 unter XII). Die im Art. 2 angeordnete Ergänzung des StGB. entspricht der Regierungsvorlage, nur ist zufolge Antrages Molkenbuhr (Druckf. Nr. 146) die Ergänzung nicht hinter Nr. 5 als Nr. 5a, sondern vielmehr als Nr. 10 hinter Nr. 9 eingestellt, auch die Schlußbestimmung des Abs. 2 des § 361 außer auf die Fälle der Nr. 9 auch auf den der Nr. 10 bezogen. Übrigens war die Veränderung der Stellung der Einschaltung auch materiell nicht bedeutungslos (vgl. § 361 Schlußnote).

Weiter brachte das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896 (s. u. S. 35 unter XIII) im Art. 34 eine Reihe von Abänderungen, die mit dem Gesetzbuche selbst — am 1. Januar 1900 — in Kraft getreten sind.

Ferner wurde durch das Gesetz vom 27. Dezember 1899 (s. u. S. 36 unter XIV) eine Einschaltung in den Abs. 1 des § 316 angeordnet, die mit dem 13. Januar 1900 Geltungskraft erlangt hat.

Weiterhin wurde, nachdem seitens der Bundesregierungen in der I. Session 1898/1900 die sog. lex Heinze von neuem vorgelegt worden (Druckf. Nr. 112), aber infolge bekannter Vorgänge (1900) nicht zur vollen Durchberatung gelangt war, vom Grafen v. Hompesch u. Gen. in der 200. Sitzung des RT. vom 22. Mai 1900 ein mit der Regierungsvorlage im wesentlichen gleichlautender neuer Gesetzentwurf btr. Änderungen und Ergänzungen des StGB. eingebracht (Druckf. Nr. 834) und, nachdem in derselben Sitzung alle drei Lesungen stattgefunden hatten, unverändert — in 2. u. 3. Lesung ohne Debatte — im ganzen angenommen. Das unterm 25. Juni 1900 vollzogene, in der am 30. desselben Monats zu Berlin ausgegebenen Nr. 23 des RGBl. (S. 301) publizierte Gesetz (s. u. S. 36 unter XV) ist vom 14. Juli ab in Geltung getreten.

Endlich erlitt § 360 Nr. 9 des StGB. insofern eine Abänderung, als das G. über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (RGBl. S. 489) im § 108 Abs. 3 (s. u. S. 37 unter XVI) bestimmte, daß die bezeichnete Vorschrift, „soweit sie sich auf Versicherungsunternehmungen im Sinne dieses Gesetzes bezieht", aufgehoben werde. § 108 Abs. 3 ist zufolge Kais. V. vom 24. November 1901 (RGBl. S. 489), die gemäß § 125 Abs. 3 des G. erlassen worden, am 1. Januar 1902 in Kraft getreten.

Der Text des StGB. in seiner jetzigen Fassung folgt u. S. 38 unter XVII.

Digitized by Google

I.

Einführungs-Gesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund.

Vom 31. Mai 1870.

(BGBl. S. 195 f., in der zu Berlin den 8. Juni 1870 ausgegebenen Nr. 16.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Norddeutschen Bundes, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstages, was folgt:

1) Da dieses Gesetz im Artikel 80_1 der Verfassung des DB. unter II 2 bezeichnet ist, so ist dasselbe durch § 2_2 des G. btr. die Verfassung des DR. v. 16. April 1871 zum Reichsgesetz erklärt, und sind deshalb — nach dem Wortlaut des Gesetzes — wo in demselben „von dem Norddeutschen Bunde, dessen Verfassung, Gebiet, Mitgliedern oder Staaten, Indigenat, verfassungsmäßigen Organen, Angehörigen, Beamten, Flagge usw. die Rede ist, das Deutsche Reich und dessen entsprechende Beziehungen zu verstehen". Diese Vorschrift ist jedoch nicht wörtlich zu nehmen, sondern nur mit der Beschränkung, daß solches da zu geschehen habe, wo der Sinn des Gesetzes, hier also das EG., es zuläßt. Soweit dies der Fall, ist bei dem unten folgenden Abdruck des EG. die gebotene Änderung neben den ursprünglichen Wortlaut gesetzt, da eine neue Redaktion des EG. gleichzeitig mit der Redaktion des StGB. für den NDB. für das DR. nicht stattgefunden hat.

2) Im Gebiete des ehemaligen NDB. trat das EG. schon vor dem StGB. selbst in Kraft, denn nach Art. 2 der Verfassung des NDB. begann damals, wie jetzt, die verbindliche Kraft eines verkündeten Bundesgesetzes mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das btr. Stück des BGBl. in Berlin ausgegeben worden, sofern nicht in dem Gesetze selbst ein anderer Anfangstermin bestimmt ist. Letzteres ist im EG. nicht geschehen; dasselbe erlangte daher mit dem 22. Juni 1870 verbindliche Kraft; Binding Hb. I 242. Eine Konsequenz hieraus ist beim § 5 (das. N. 3) zu ziehen.

In Hessen, südlich des Main, wurde jedoch nach Art. 80 Abs. 2 der Verfassung des DB. vom Tage der Wirksamkeit derselben, d. h. vom 1. Jan. 1871, an (vgl. Laband Staatsr. I 44, 46) das EG. gleichzeitig mit dem StGB. eingeführt, ebenso am 1. Jan. 1872 gleichzeitig in Baden, Württemberg und Bayern nach Maßgabe des Abs. 1 des zitierten Art. 80, sowie, was Bayern betrifft, des § 7 des G. btr. die Einführung ND. Bundesgesetze in Bayern v. 22. Apr. 1871, während das EG. in Elsaß-Lothringen überhaupt keine Geltung erlangt hat. (Vgl. das unten unter III a abgedruckte EG. für Elsaß-Lothringen.)

§ 1.

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund tritt im ganzen Umfange des Bundesgebietes mit dem 1. Januar 1871 in Kraft.

EG. zum PrStGB. Art. I. Entw. I Art. I. Kommissions-Entw. § 1. Bundesrats-Entw. § 1. StB. II 1177.

1) Der Einführungstermin wurde erst durch den Bundesrat dem Entwurf beigefügt und lediglich hierin besteht die Abweichung des Entwurfs des Bundesrats von demjenigen der Kommission.

Digitized by Google

2) In diesem §. kann unter „NDB." nicht das DR. verstanden werden; es ist nämlich das StGB. in Kraft getreten:

a. am 1. Jan. 1871 in der Fassung I

α. im Gebiete des ehemaligen NDB. nach dem obigen § 1,

β. in Hessen, südlich des Main, zufolge Art. 80_2 der Verfassung des DB.; denn das StGB. ist daselbst als Bundesgesetz eingeführt vom Tage der Wirksamkeit jener Verfassung an, d. h., gemäß dem Protokoll betr. die Vereinbarung zwischen dem NDB., Baden und Hessen über Gründung des DB. und Annahme der Bundesverfassung v. 15. Nov. 1870, v. 1. Jan. 1871 an, indem der Anfang ihrer Wirksamkeit nicht nach Art. 2 der Verfassung des DB. bestimmt werden kann (vgl. Laband Staatsr. I 38 ff.);

b. am 1. Okt. 1871 in der Fassung II in Elsaß-Lothringen, zufolge EGfEL. v. 30. Aug. 1871 (mit der Kraft eines Reichsgesetzes zuf. § 7 des G. betr. die Einführung der RV. in EL. v. 25. Juni 1873 — RGBl. 161 — i. V. mit § 2 des G. betr. die Verfassung des DR. v. 16. Apr. 1871 — BGBl. 63);

c. am 1. Jan. 1872 in der Fassung II in Baden, Württemberg und Bayern, zufolge $§ 2_1$ des G. betr. die Verfassung des DR. v. 16. April 1871 bzw., was Bayern betrifft, zufolge § 7 des Ges. betr. die Einführung RD. Bundesgesetze in Bayern v. 22. Apr. 1871;

d. am 1. Apr. 1891 in der Fassung II in Helgoland, zufolge Art. I Nr. IX u. Art. III der V. betr. die Einführung von Reichsgesetzen in Helgoland v. 22. März 1891.

§ 2.

Mit diesem Tage tritt das Bundes- (Reichs-) und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften des Bundes- (Reichs-) und Landesstrafrechts, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizei-Gesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts und über den Holz- (Forst-) Diebstahl.

Bis zum Erlasse eines Bundesgesetzes (Reichsgesetzes) über den Konkurs bleiben ferner diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) nichts bestimmt.

EG. zum PrStGB. Art. I. Entw. I Art. II, III. Kommissions-Entw. §§ 2, 3. Bundesrats-Entw. § 2. StB. II 1177/78.

1) Der Entw. I des StGB. wollte, ausweislich der Motive zu Artt. I und II des EG., das für das Bundesgebiet fortan geltende gemeine Strafrecht geben, welches, als solches, an Stelle der in den einzelnen Bundesstaaten bestehenden kodifizierten Strafgesetzbücher sowie des in einzelnen Territorien noch geltenden gemeinen D. Kriminalrechts treten sollte. Unter Nachbildung des Art. II Abs. I EGzPrStGB., wobei jedoch das, aus dem Schluß-Art. (484) des Code pénal herübergenommene, Fremdwort „Materien" durch „Gegenstände" ersetzt wurde, erhielt deshalb Art. II im Entw. I des EG. folgende Fassung:

„Mit diesem Zeitpunkte werden außer Wirksamkeit gesetzt:

alle Strafbestimmungen, welche Gegenstände betreffen, auf welche das gegenwärtige StGB. sich bezieht, insbesondere:

1. für das Königreich Preußen:
   das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 ⁊c. . . .
4. für das Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin:
   die Gemeinen Deutschen Kriminalgesetze . . .

Mitaufgehoben werden zugleich alle, jene Gesetze ergänzenden, abändernden und erläuternden Bestimmungen."

Digitized by Google

Hieran schloß sich, entsprechend dem jetzigen Abs. 2 des § 2, Art. III:

„Dagegen bleiben in Kraft die besonderen Bundes- und Landesstrafgesetze, insoweit sie Gegenstände betreffen, rücksichtlich derer das gegenwärtige StGB. nichts bestimmt, namentlich ꝛc.",

während der Entw. I eine dem Abs. 3 entsprechende Bestimmung noch nicht enthielt.

Der Kommissions-Entw., welchem Motive nicht beigegeben waren, wollte nach dem Zeugnisse des Schriftführers Rüdorff (Rüd.-St. N. 3) nur eine Änderung redaktioneller Natur vornehmen, wenn er den Eingang des EG. § 2 so vorschlug:

„Mit diesem Zeitpunkte werden außer Wirksamkeit gesetzt:

1. für das Königreich Preußen ꝛc."

Der § 3 erhielt außerdem einen dem $§ 2_3$ EG. entsprechenden Abs. 2.

Der Bundesrats-Entw., indem er die demnächst zum Gesetz erhobene Fassung aufstellte, welche im RT. ohne eine ihren Sinn klarstellende Debatte angenommen wurde, ging von der entgegengesetzten Ansicht aus, nämlich davon, daß die formelle Aufhebung der bestehenden Kodifikationen als solcher bzw. des D. Kriminalrechts kein Bedürfnis sei. Motive, welche über den Grund des Wechsels in der Auffassung spezielleren Aufschluß gewähren könnten, fehlen dem Bundesrats-Entw. zum EG.

2) Der ganze §. hat seinem Wortlaute nach nur auf das Verhältnis des StGB. zu dem bei seinem Inkrafttreten bestehenden R.- u. Landesstrafr. Bezug, während der späteren Gesetze keine Erwähnung geschieht. Bezüglich der zukünftigen, vollen freien Reichsgesetzgebung bedarf es überhaupt keiner Bestimmung, und „über das Verhältnis des Rstrafr. zu späteren Landesges. ist zunächst der Art. 2 der RV. maßgebend und zwar in dem Sinne, in welchem das EG. § 2 jenen Artikel in Anwendung desselben auf das frühere Landesstrafr. näher bestimmt"; so v. Wächter Beil. S. 234, sachlich übereinstimmend auch: RG. III 1. Mai 80 E. 2 33, Berlin 10. Juni 74 O. 15 375, Hälschner 1 100, Frank N. VII, Rüd.-St. N. 6, Heinze RStrafr. S. 87 ff., während Rubo S. 132 annimmt, daß $§ 2_1$ unmittelbar auch auf das spätere Landesstrafr. sich beziehe.

Das Prinzip des § 2 gilt auch hinsichtlich der durch die spätere Gesetzgebung veränderten oder neu eingeschalteten Bestimmungen des StGB., denn sie sind jetzt in dieser Fassung Teile des StGB. Eine Ausnahme macht jedoch StGB. § 49a (das. N. 3), sowie $§ 138_3$ (das. N. 7) vom Prinzip des Abs. 1.

Zu § 2 Absatz 1. N. 3—7.

3) Materie ist im allgemeinen gleichbedeutend mit „Stoff oder Gegenstand"; allein es handelt sich hier um einen engeren Begriff des Wortes. Jenem im EGzPrStGB. Art. II gleichfalls gebrauchten Ausdruck wurde ursprünglich im Entw. I, offenbar lediglich um das Fremdwort zu vermeiden (vgl. Rubo S. 89 III), „Gegenstand" substituiert, so daß damals augenscheinlich beiden Worten eine gleiche Bedeutung beigelegt wurde. Nachdem aber die Fassung „insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des StGB. sind", zum Gesetz erhoben worden, ist es unzulässig, an der Identität beider Ausdrücke festzuhalten, da alsdann ein unverzeihlicher Pleonasmus vorliegen würde; Kayser HH. 4 44 N. 2. Nun machen zwar weder Motive es ersichtlich, welchen Sinn der Bundesrat mit dem Worte „Materie" verband, noch ergeben die RTverhandlungen etwas über die Auffassung jenes Ausdruckes; allein nach einem feststehenden Sprachgebrauch (vgl. „sedes materiae") versteht man unter einer Rechtsmaterie ein Rechtsinstitut oder wenigstens einen Kreis zusammengehöriger Rechtssätze — also eine gewisse „Einheit" —, zu der einerseits die einzelnen daraus fließenden oder sich abzweigenden Rechtssätze, andererseits alle Rechtssätze, die entweder einer anderen Rechtsmaterie angehören oder wenigstens einer anderweiten Regelung der Materie entspringen, als fremdartige in einem begrifflichen Gegensatze stehen; vgl. Berner S. 40, Kayser HH. 4 44, Schütze 12 N. 6 und wesentlich übereinstimmend: Dresden 27. Sept. 72 St. 2 35, Binding Hb. 1 290 (eine Einheit für die kriminalistische, also auch für die strafgesetzgeberische Betrachtung), Finger 1 152 (Rechtssätze, die zu einer Einheit um deswillen zusammengefaßt werden können, weil sie sich auf denselben strafr. relevanten Tatbestand beziehen, bildeten eine Materie des Strafrechts),

Digitized by Google

H. Meyer S. 99 N. 5 (die Gesammtheit derj. tatsächl. Beziehungen, um deren strafrechtl. Regelung es sich handelt), Frank N. II 1 (die durch innere Verwandtschaft zusammenhängenden Gegenstände der Strafgesetzgebung), v. Schwarze S. 37; abweichend v. Liszt S. 98, „Materie" seien die einzelnen für strafbar o. nicht strafbar erklärten Hdlgen. Hierdurch wird man zu der Auffassung geführt, daß „Materie" im § 2, in diesem engeren Verstande, im Gegensatz zu einzelnen Rechtssätzen, gebraucht ist. Abs. 1 würde sonach in der Weise auszulegen sein, daß da, wo das StGB. ein Rechtsinstitut o. ein Rechtsgebiet als solches gegenständlich behandelt, d. h. geregelt, hat, das frühere R. u. Lstrafr. außer Kraft tritt. Für die Bedeutung des soeben gefundenen Satzes kommt in Betracht, daß Abs. 1 von dem Verhältnisse des StGB. sowohl zum früheren Reichs- als auch zum früheren Landesstrafr. spricht.

a) Bezüglich des Verhältnisses zum früheren Reichsstrafr. gilt selbstverständlich die Regel „lex posterior derogat priori". Andererseits ist aber ein anerkannter Grundsatz, daß, wenn die Aufhebung des früheren Rechtes nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, solche nicht weiter angenommen werden darf, als notwendig ist. Selbst wenn daher auch das StGB. eine Materie, insbs. eine solche des Allg. Teils, regeln wollte, so würde daraus noch nicht folgen, daß alle Vorschriften des früheren Reichsstrafr., welche in die Materie einschlagen, aufgehoben seien; es bliebe immer zu untersuchen, ob dieselben nicht als Ausnahmen oder als Ergänzungen der im StGB. geregelten Materie in Kraft geblieben seien. Wenn deshalb Abs. 1 das Reichsstrafr. ausdrücklich außer Kraft setzt, soweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des StGB. sind, so ist diese Vorschrift keineswegs überflüssig und selbstverständlich; aM.: Binding Hb. 1 281 (vgl. jedoch auch S. 336) u. Grundr. S. 71, Rüd.-St. N. 3, Heinze RStrafr. S. 27, 30.

b) Das Verhältnis des StGB. zum früheren Landesstrafr. wird an sich durch Art. 2 der RV. bestimmt, wonach die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, deshalb naturgemäß auch lokalen Landespolizeiverordnungen (RG. II 6. Juni 02 E. 35 277). Man muß daher Heinze aO. S. 22 dahin beitreten, daß zwar, wenn das Reichsgesetz einem isolierten Punkt oder einer Mehrheit solcher Punkte gilt, das Landesrecht dem Reichsrecht nur an der einen oder den einzelnen getroffenen Stellen weicht, daß dagegen, wenn die Reichsgesetzgbg. eines ganzen Rechtsgebietes oder Gebietsabschnittes sich bemächtigte, Geltung und Wirksamkeit der Landesgesetzgbg. in dem ganzen Bereiche, von dem die Reichsgesetzgbg. Besitz ergriffen hat, endigt. Deshalb erscheint allerdings die Bestimmung des Abs. 1 gegenüber dem Landesstrafr. überflüssig; möglicherweise hat aber der Gesetzgeber es für wünschenswert erachtet, diesen Satz positiv außer Zweifel zu stellen, oder es ist das Landesstrafr. vielleicht nur aus redaktionellen Gründen neben dem Reichsstrafr. erwähnt.

Binding Hb. 1 335 gelangt zu dem abweichenden Resultat, daß EG. § 2, dem älteren Landesstrafr. gegenüber streng, dem älteren Bundesstrafr. gegenüber aber beschränkend und zwar dahin auszulegen sei, daß das alte Bundessonderrecht über Materien des StGB. neben diesem in Kraft bleibe.

4) Welche einzelnen Materien im StGB. eine Regelung erfahren haben, läßt sich nur durch Spezialuntersuchungen ermitteln und ist keineswegs durch einen Hinweis auf die Überschriften der einzelnen Abschnitte abgetan. Nur zum Teil bezeichnen jene die in diesen geregelten Materien präzise, während andere solches nicht tun; Binding Hb. 1 291, Hälschner 1 114, Heinze, Meves, HH. 2 6, 3 929. Selbst aus den Überschriften der einzelnen Abschnitte des T. II StGB. ist nicht ohne weiteres ein Schluß auf die Regelung der Materie zu ziehen.

Hier sind nur zwei Punkte allgemeiner Natur zu berühren:

a) Auch im T. I des StGB. sind „Materien" i. S. des § 2 geregelt; so Frank N. VI; aM. v. Liszt S. 98 N. 1, der aber mit Recht hervorhebt, daß die sog. allg. Lehren nur in Beziehung auf einzelne Verbr. Bedeutung erlangten. Ist aber die Regelung dieser Materien, wie z. B. des Versuchs (Abschn. 2, s. das. N. 1) o. der Verjährung (Abschn. 4 §§ 66 ff.) nur im Hinblick auf konkrete einzelne Verbrechenstatbestände erfolgt, so ergibt sich daraus, daß die im Landesstrafr. enthaltenen allgemeinen Vorschriften durch jene außer Kraft ge-

Digitized by Google

setzt sind, derartig, daß sie auch den aufrechterhaltenen „besonderen Vorschriften" des Landesstrafrechts gegenüber (Abs. 2) keine Geltung mehr haben; soweit frühere Landesstrafgesetzbücher allg. Vorschriften enthielten, ist diesen durch den fast ausnahmslosen Fortfall der die einzelnen V. o. V. betreffenden Vorschriften die Voraussetzung, auf der sie fußten, entzogen; die Fortexistenz des besonderen Landesstrafrechts erscheint seiner Natur nach nicht geeignet, für die Aufrechterhaltung der allg. Vorschriften auch nur in ihrer beschränkten Beziehung ins Gewicht zu fallen.

b) Was die in T. II Abschn. 29 behandelten Übertretungen betrifft, so wird man Rubo N. 7 insofern Recht geben müssen, als prinzipiell von den Übertr., die das StGB. in einen qualitativen Gegensatz zu den V. u. V. nicht gestellt hat (vgl. StGB. § 1 N. 13, T. I Überschr. N. 1), nur die allgemeinen, diese Frage beherrschenden Grundsätze gelten können, dennoch aber zu dem Resultat kommen, daß bei den Übertr. tatsächlich die Regelung einer Materie deshalb seltener anzunehmen ist, weil in T. II Abschn. 29 „eine Menge einzelner unter Strafe gestellter Tatbestände" systemlos bloß nach der Größe der Strafe zusammengestellt sind; sagen doch die Motive (Anh. I d. Motive S. 87) ausdrücklich, daß das „Besondere" der Partikulargesetzgebung oder der autonomen Bestimmung der Behörden, Kreise und Gemeinden hätte überlassen werden sollen; so die GM. insbs.: RG. I 25. Mai, 2. Nov. 82, E. 6 329, 7 201, ROHG. 7. Jan. 76 Entsch. 19 348, welche verneinen, daß die Materien der mediz.-polit. Vorschriften über das Apothekerwesen im § 367[3], bzw. eines Zweiges der sog. Feuerpolizei im § 368[5], bzw. der Maßregeln gegen die Gefahren aus Nichtbeaufsichtigung von Tieren in den §§ 366[5], 367[11] geregelt seien; dsgl. Berlin KG. 28. Jan. 86 Jahrb. 6 317, obschon durch § 367[12] festgesetzt sei, in welchen Fällen wg. für den Personenverkehr gefährl. Einrichtungen im Innern von Häusern auf Strafe zu erkennen sei, so sei deshalb eine darüber hinausgehende Regelung durch PolV. nicht ausgeschlossen (vgl. auch RG. II 19. Apr. 81 E. 4 106 btr. PolV. wg. Beseitigg. der Ofenklappen). Nur im einzelnen wird dagegen auch hier die Regelung einer Materie, sei es ausschließlich im Abschn. 29 oder i. V. mit Bestimmungen aus anderen Abschnitten des Bes. Teils, anzunehmen sein; RG. I 27. März 84 E. 10 220 (im allg.), München Oberstes LG. 8. Jan. 01 G. 48 142 (btr. § 360[10]).

5) Hervorzuheben ist, daß die Regelung einer Materie sowohl direkt als auch indirekt geschehen kann; eine indirekte Regelung ist anzunehmen, wenn gewisse Bestimmungen des StGB. in ihrer Gesamtheit zu dem Schlusse berechtigen, daß dadurch reichsgesetzlich zugleich auch Bestimmung insoweit habe getroffen werden sollen, als das StGB. schweigt; Finger 1 152, v. Lilienthal S. 16, Heinze RStrafr. S. 31, Laband Staatsr. 2 108 N. 3; aM. Löning S. 5. Ob das der Fall sei, ist nach den allg. Interpretationsregeln zu ergründen, also namentl. auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes; so RG. I 27. März 84 E. 10 220 mit der Ausführung, daß es nicht genüge, wenn Ein Faktor der Reichsgesetzgbg. der Ansicht sei, daß eine bestimmte Hdlg. nicht als strafbar erscheine.

6) Während nach dem oben N. 4 Bemerkten hinsichtlich der einzelnen Materien, welche im StGB. eine Regelung erfahren haben, im allgem. auf die Ausführungen zu den btr. Abschnitten und §§. des StGB. zu verweisen ist (vgl. Sachregister s. v. „Materie"), bedarf es hier nur der Hervorhebung einzelner Fälle der indirekten Regelung einer Materie.

a) Die Materie des Rückfalls ist indirekt geregelt, wie daraus folgt, daß das StGB. im Allg. Teil, namentl. im Abschn. 4, bezüglich des Rückfalls sich schweigend verhält, während andererseits im Bes. Teil eine Reihe von Spezialbestimmungen getroffen sind, nach denen der Rückfall, und zwar in verschiedener Weise, strafschärfend wirkt; vgl. StGB. §§ 244, 261, 264; 250[5], 362$_2$. Hiernach will das StGB. den Rückfall als allgemeinen Strafschärfungsgrund nicht angesehen wissen, und sind durch diese Regelung der Materie die allg. Vorschriften der Landesstrafgesetzbücher über die Behandlung des Rückfalls außer Kraft gesetzt. Eine andere als diese negative Wirkung hat jedoch die Regelung nicht, weshalb es der Landesgesetzgebung unbenommen ist, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Rückfall bei einzelnen Zuwiderhandlungen gegen Landesstrafgesetze mit erhöhter Strafe

Digitized by Google

zu belegen sei; aM. Binding Hb. 1 313 f., die „Verbüßung" müsse als ein unbedingt festzuhaltendes Erfordernis angesehen werden (vgl. jedoch StGB. § 362_2), wie auch die „Rückfallsverjährung" absolut GR. sei.

b) Die Materie der Selbsthilfe (vgl. auch § 54 N. 10_3) ist indirekt dadurch geregelt, daß alle schwereren Formen, in denen dieselbe auftreten kann, namentl. die gewaltsamen, mit besonderen Strafen bedroht sind, wodurch die Annahme sich rechtfertigt, das StGB. wolle die nicht unter diese Formen fallende Selbsthilfe an sich straflos lassen; RG. II 3. Okt. 82 E. 7 63, Schütze S. 409 N. 4, v. Schwarze § 240 N. 2a. Es steht deshalb auch der Landesgesetzgbg. nicht zu, dieselbe unter Strafe zu stellen; so: Jena 25. Okt. 71 St. 1 161, v. Liszt S. 99, H. Meyer S. 687, Heinze RStrafr. S. 36, Mandry-G. Zivilr. Inh. d. RG. S. 269; aM.: Binding Hb. 1 318 (weil der maßgebende Gesichtspunkt, daß die Selbsth. ein Delikt gg. die Rechtspflege sei, in jenen Gesetzesstellen nicht einmal gestreift werde), Frank N. III 1, Oppenh.-D. N. 20.

7a) Durch Regelung einer Materie sind alle auf diese bezüglichen, der Vergangenheit angehörigen Strafbestimmungen für beseitigt anzusehen; RG. I 27. März 84 E. 10 220. Deshalb insbs. durch Regelung der Materie des Betruges (StGB. T. II Abschn. 22 N. 2) auch alle gegen Vorbereitung eines Betr. oder gegen versuchten Betr. gerichteten älteren Strafandrohungen; RG. III 7. Feb. 89 E. 19 13.

b) Nur das Reichs- u. Landesstrafrecht, insoweit es im StGB. geregelte Materien betrifft, ist aufgehoben, wobei „Strafrecht" vom materiellen Strafr. zu verstehen ist; denn nur davon handelt § 2, wie aus dem Zwecke und gesamten Inhalte des EG. sich ergibt; RG. III 20. Nov. 84 E. 11 321. Daraus folgt einerseits, daß, soweit im StGB. Materien geregelt sind, welche nicht materielles Strafrecht betreffen (vgl. H. Meyer S. 96, Francke G. 20 19), nur die allg. Rechtsgrundsätze (N. 3) Anwendung finden, nicht aber die Vorschrift des Abs. 1; das gilt danach insbs. auch von strafprozessualen Vorschriften, die im StGB. enthalten sind; Binding Hb. 1 324. Andererseits folgt jedoch, daß ein Gesetz, obschon es zwar eine im StGB. geregelte strafrechtliche Materie betrifft, in Kraft bleibt, soweit es neben der strafrechtlichen noch eine weitergehende Bedeutung hat, falls nicht seine Aufhebung auch in dieser Beziehung nach allg. Grundsätzen anzunehmen ist; vgl. Berlin OTr. 28. Feb. 79 O. 20 110, welches die im PrStGB. § 345^7 enthaltenen Verbotsbestimmungen wider das Feilhalten und Mitsichführen von verborgenen Waffen nicht für aufgehoben erachtet, so daß auch in Preußen RStGB. § 367^9 ohne weiteres Anwendung finden könne (ebenso: Binding Hb. 1 323 u. Normen 1 87, Rüb.-St. N. 8) sowie Berlin KG. 13. Apr. 85, 21. Juni 88, Jahrb. 5 353, 8 224, wonach die im Waldeckschen StGB. § 307^8 enthaltene Norm über Feiertagsheilgg. noch in Kraft steht.

c) Darüber, daß das Disziplinarstrafr. sowie das Ordnungsstrafr. (letzteres auf Grund der Vorschriften der ProzeßOO., des HGB., des FGG., des PersonenstdsG. 2c.) überhaupt nicht durch das StGB. berührt ist, vgl. § 5 N. 6 sowie StGB. § 111 N. 3.

Zu § 2 Absatz 2 N. 8—16.

8) Während ursprünglich beabsichtigt wurde, alle neben dem StGB. noch in Geltung bleibenden Reichs- u. Landesstrafgesetze einzeln anzuführen, nahm man gegenüber den sich ergebenden Schwierigkeiten demnächst davon Abstand und begnügte sich im Entw. I, im Gegensatz zu der durch ihn beabsichtigten formellen Aufhebung der kodifizierten Strafgesetzbücher, lediglich allgemein die Aufrechterhaltung der besonderen Strafgesetze, insoweit sie Gegenstände betreffen, rücksichtlich deren das StGB. nichts enthält, auszusprechen. So war der dem jetzigen Abs. 2 entsprechende Art. III des Entw. I, namentl. auch hinsichtlich des Ausdrucks „besondere", klar verständlich, während die Auslegung in der jetzigen Fassung außerordentliche Schwierigkeiten bietet, zu deren Lösung die Materialien des StGB. nichts beitragen. Die Entstehungsgeschichte (N. 1) dagegen ergibt zweierlei.

Zunächst erhellt, daß die „besonderen Vorschriften des Reichs- und Landesstrafrechts" nicht identisch sein können mit den „besonderen Strafgesetzen" der früheren Fassung, da zur generellen Aufrechterhaltung gerade dieser jeder Grund fehlt. Denn einmal betreffen

Digitized by Google

manche spezielle Strafgesetze Materien des StGB., die hier sogar in gleicher Weise wie dort geregelt sind. Dann aber sind auch die kodifizierten Strafgesetzbücher nicht als solche aufgehoben (N. 1 aE.); so RDHG. 12. Okt. 74 Entsch. 14 320 btr. das code pénal, ferner die N. 7 zitt. Berlin OAr. u. KG. btr. des Pr. u. des Waldeckschen StGB., endlich die T. II Abschn. 25 N. 3b zitt. Urteile btr. PrStGB. § 270 u. code pénal art. 412$_2$.

Während es ferner früher hieß: „Dagegen bleiben in Kraft die besonderen Bundes- und Landesstrafgesetze, insoweit sie Gegenstände betreffen, rücksichtlich deren das gegenwärtige StGB. nichts bestimmt", sind jetzt lediglich „die besonderen Vorschriften des R.- u. Landesstrafrechts" aufrecht erhalten. Bilden nun schon „Vorschriften" den Gegensatz zu den früher gebrauchten „besonderen Strafgesetzen", so muß jetzt das Wort „besondere" dasselbe bedeuten, was im Entw. I der Relativsatz zum Ausdruck bringen sollte. „Besondere Vorschriften des R.- u. Landesstrafrechts" sind daher solche Vorschriften, welche „Gegenstände betreffen, rücksichtlich deren das StGB. nichts bestimmt" oder — wie man mit Rücksicht auf die gegenüber Art. II Entw. I veränderte Fassung des Abs. 2 richtiger annehmen muß — die „Materien betreffen, welche nicht Gegenstand des StGB. sind" (vgl. SchutzgebietsG. i. d. Fassung v. 25. Juli 1900 § 6[1]); so RG. III 2. Juni 80 E. 1 443; aM. Berlin OAG. 9. Nov. 72 St. 2 138, das die akadem. Disziplinargesetze über Studentenduelle als „bes. Vorschriften" erachtet, weil es nicht um eine Erweiterung, sondern um eine Einschränkung von Strafbestimmungen des StGB. sich handele. Insoweit ist daher Abs. 2 nur der, sich von selbst ergebende und deshalb überflüssige, Gegensatz des Abs. 1. Hierüber herrscht h. z. T. im wesentlichen Übereinstimmung.

9) Durch die „namentliche" Aufführung besonderer Vorschriften, welche in Kraft bleiben, erhält aber Abs. 2 einen wichtigen und keineswegs überflüssigen Inhalt, insofern durch ihn gesetzlich deklariert wird, daß alle „namentlich" aufgeführten Materien nicht Gegenstand des StGB. seien; hierfür spricht auch die Fassung des von denselben gesetzgebenden Faktoren erlassenen EGfEL. (unten unter IIIa) im Art. II Abs. 2: „In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften über die durch das Strafgesetzbuch nicht berührten Materien, namentlich 2c.". Rubo S. 127 vermutet nun, daß es zwar die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, i. S. des EG. jene beispielsweise aufgezählten Gesetze ausnahmslos für solche Vorschriften zu erklären, die nicht Materien beträfen, welche Gegenstand des StGB. seien; allein er erachtet dafür, daß zur Verwirklichung dieser Absicht die Wortfassung hätte lauten müssen: „In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landesstrafr., namentl. die Vorschriften über 2c.". Unzweifelhaft würde diese Fassung die korrektere sein; es kann jedoch nicht nur auch in der jetzigen der — allerdings nicht ganz entsprechende — Ausdruck jener gesetzgeberischen Absicht gefunden werden, sondern er muß es sogar, da sonst die namentliche Aufführung gewisser Materien völlig zwecklos sein würde. So: Binding Hb. 1 293, 337, 344, Grundr. S. 71 f. u. Normen 1 160 N. 6, v. Lilienthal S. 16, Merkel S. 6, H. Seuffert v. L. Europ. Strafr. S. 86, v. Wächter Beil. S. 234, Oppenh.-D. N. 7, Fuhr PolAuff. S. 30 f. N. 1, Matthiessen Inaug.-Diss. S. 21, und, trotz Zweifel, Herbst G. 30 363, annähernd endlich Hälschner 1 100, während eine vielfach vertretene Meinung „auch die besonderen Vorschriften nur insoweit bestehen läßt, als sie nicht Materien betreffen, die Gegenstand des StGB. sind, und in den „namentlich" hervorgehobenen Spezialgesetz. nur Beispiele sieht"; so Kayser HH. 4 45; abweichend auch Finger 1 151 N. 176.

10) Nach der Auslegung in N. 9 gewinnt Abs. 2 insoweit eine eigentümliche Bedeutung, als die Richtigkeit der in ihm gegebenen gesetzlichen Deklaration sachlich bestritten werden kann, was keineswegs nur beim Holzdiebst. der Fall ist; vgl. Binding Hb. 1 347 N. 11, Hälschner 1 101, andererseits jedoch Heinze RStrafr. S. 80. Es sind nämlich nur durch die namentliche Aufführung im Abs. 2 in Kraft erhalten (vgl. dagegen N. 16) die landesgesetzl. Bestimmungen:

a. über den Holz- (Forst-) Diebstahl; so: RG. II 18. Dez. 83 N. 5 793, Binding Hb. 1 294, 346 N. 9 u. Normen 1 160 N. 6, Heinze aO. u. HH. 2 11, Merkel S. 9, v. Wächter

Digitized by Google

Beil. S. 234, Matthiessen Inaug Diss. S. 23; aM.: Kayser HH. 4 46, v. Liszt S. 100 N. 4, John ZStrW. 1 273, der Holzdiebst. sei als Diebst. nicht anzusehen;

b. über die an sich als Diebst. anzusehenden „Wegnahmen in gewinnsüchtiger Absicht" so: RG. I 13. Mai 80 N. 1 772, II 19. Okt. 80 E. 2 354, Merkel aO.; aM. John ZStrW. 1 273 f.) sowie über „Sachbeschädigungen" in den Forst- u. Feldpolizeigesetzen, so daß selbst die Bestrafung „unvorsätzlicher" Sachbeschädg. nach denselben nicht ausgeschlossen ist (Berlin 5. Mai 75 St. 5 155, Binding Hb. 1 348);

c. über die an sich unter den Betrugsbegriff fallenden „Defrauden" (RG. BStG. 4. Apr. 81, III 12. Apr. 86, E. 4 50, 14 124, Berlin 12. Juni 77 St. 7 332, Binding Hb. 1 345) sowie über die an sich als Widerstd. gegen die Staatsgewalt anzusehenden „Widersetzlichkeiten" gegen Steuer- 2c. Beamte in den Post-, Steuer- u. Zollgesetzen; so Berlin 13. Nov. 73 O. 14 717; aM. Binding aO. btr. der Landesgesetzgebung (o. N. 3 aE.), weil es hier und bei der Bestechung um zweifellose Materien des StGB. sich handele, und der Umstand, daß das btr. LandesG. sich Steuer- o. ZollG. nenne, nicht entscheidend sei; ebenso v. Streit Widersetzung S. 47 f.

Die Folge hiervon ist allerdings, daß gewisse Hdlgen in einzelnen Bundesstaaten nach deren Spezialgesetzen, in anderen dagegen, wo der bezügliche Tatbestand nicht unter solche aufrechterhaltenen Spezialgesetze fällt, nach dem StGB. zu bestrafen sind; Hälschner 2 311. Das Reichsstr. ist insoweit nur subsidiär gemeines Recht; Frank N. IV.

11) Was das Verhältnis der im StGB. (in den Einl. Best. u. im T. I) enthaltenen allgemeinen Bestimmungen zu den nach Abs. 2 in Kraft bleibenden „besonderen Vorschriften" betrifft, so gelten jene zunächst unbedingt da, wo letztere gar keine bezüglichen Bestimmungen enthalten (RG. I 28. Mai 91 E. 21 22 btr. Anwendung des § 73 StGB. auf nach dem PostG. v. 28. Okt. 1871 strafb. Postportodefraudationen, Berlin 1. Nov. 78 O. 19 510); dies trifft vom Tage des Inkrafttretens des StGB. ab auch zu für ältere Bundesstrafgesetze, insofern sie besonderer Vorschriften entbehren, derartig, daß bis zum Inkrafttreten des StGB. die einschlägigen Bestimmungen des Landesstrafr. Platz greifen mußten. Damit stimmt RG. III 1. Dez. 98 E. 31 362 sachlich überein, wenn es annimmt, es gelte für die Verjährungsfristen der Zuwiderhdlgen gg. das BundesG. btr. Abgabe von Salz v. 12. Okt. 1867 jetzt ausschließlich § 67 RStGB.; dies Urteil zieht jedoch noch Art. 35 RV. heran, wonach dem Reiche ausschließlich die Gesetzgebung über das Zollwesen und die Besteuerung zusteht, endlich auf diesen Gebieten den Partikularrechten jeder Einfluß zu versagen sei; von diesem Standpunkte aus dürfe die Vorschrift des § 2_2 nur dahin verstanden werden, daß die besonderen Vorschriften des Landesstrafr., insbs. der Steuer- und Zollgesetze, nur in Kraft blieben, soweit diese Gesetzgebg. nicht durch den cit. Art. 35 ausschließlich dem Reiche zugewiesen worden sei.

Die allgemeinen Bestimmungen des RStGB. gelten ferner da, wo eine Verweisung auf allgemeine Vorschriften der insoweit außer Kraft gesetzten partikulären Strafgesetzbücher nach Maßgabe des unten § 3 N. 2, 3 Bemerkten stattfindet; so sind z. B. in Pr. Steuerdefraudefällen für die Umwandlung der Geldstr. in Freiheitsstr. die §§ 28, 29 StGB. maßgebend, weil die in der PrKabO. v. 23. Jan. 1838 getroffenen Vorschriften im Anschluß an das damalige Landesstrafr. gegeben waren; RG. I 2. Jan. 83 E. 7 368.

12) So zweifellos diese Sätze sind, soviel Streit herrscht darüber, ob in den nach Abs. 2 in Kraft bleibenden Spezialgesetzen insbs. auch diejenigen Vorschriften aufrechterhalten seien, welche von den im StGB. geregelten Materien allgemeiner Bedeutung (N. 4) abweichen. Besonders praktisch ist diese Frage naturgemäß für das Landesstrafr., um so mehr, da das, was für das ältere gilt, indirekt (N. 2) auch für das spätere (nach dem RStGB. erlassene) Anwendung findet. Übrigens handelt es sich hierbei nicht um das Verhältnis des Landesrechts zum Reichsrecht, sondern um dasjenige des allgemeinen zum besonderen Strafrechte; Berner S. 43 N. 1.

Zwei Ansichten stehen sich hier schroff gegenüber. Die eine behauptet die völlige Unabhängigkeit der Landesgesetzgbg. von den allgem. Vorschriften des StGB. (Beling S. 17, H. Seuffert v. L. Europ.Strafr. S. 86, v. Liszt S. 99, v. Lilienthal S. 16, Oppenh.-D.

Digitized by Google

N. 2 u. Einl. Best. N. 2, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 1, 2), die andere will diese allgem. Vorschriften auch auf die in den qu. Spezialgesetzen vorgesehenen strafb. Hdlgen ausnahmslos anwenden (Binding Hb. I 308, Finger I 156, Rubo S. 190 f.). Daneben finden sich Mittelmeinungen, von denen die eine annimmt, gewisse allg. Vorschriften des StGB. seien „kategorisch gegeben" und jeder Abänderung seitens der Landesgesetzgbg. entrückt, während diese von anderen allg. Bestimmungen abweichen dürfe (so insbs. Heinze RStrafr. S. 83, ferner Kayser HH. 4 46, ähnlich: Merkel S. 7, H. Meyer S. 100, Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 251, v. Wächter Beil. S. 239, Frank N. VI, Köhler SeuffBl. 68 71), eine andere aber von Hälschner I 102 u. 111 vertreten wird (vgl. auch Berner S. 274), während Matthiessen Inaug.Diss. S. 28 eine Bindung nur hinsichtlich der Strafen annimmt.

13) Nach dem N. 4a über die Regelung der Materien im StGB. E. I Bemerkten stellt sich die erstere der beiden N. 12_2 charakterisierten konträren Ansichten anscheinend als die folgerichtigste dar. Allerdings sind die „besonderen Strafgesetze" nicht als solche im ganzen aufrechterhalten (N. 8_3); werden in ihnen allg. strafrechtl. Bestimmungen, welche frühere Landesstrafgesetzbücher getroffen hatten, ausdrücklich oder stillschweigend lediglich wiederholt, so sind sie durch die in gleichem Sinne erfolgte Regelung der Materien im StGB. (o. N. 4a) aufgehoben und nach § 3 durch die entsprechenden Bestimmungen des StGB. ersetzt; die Bestimmungen aber, welche mit Rücksicht auf den eigentümlichen Charakter der nach $§ 2_2$ aufrechterhaltenen „besonderen Vorschriften", in Abweichung früherer allg. strafrechtl. Grundsätze getroffen sind, haben Geltung behalten. Dieser Ansicht hat auch die Praxis sich angeschlossen. So sprechen RG. I 27. Jan. 81, 28. Juni 94, IV 10. Jan. 96, E. 4 1, 26 13, 28 105, ROHG. 20. Sept. 72 Entsch. 7 141, Berlin 5. Juni 77 O. 18 504, Dresden OLG. 28. Jan. 97 SächsA. 18 492 aus, daß die nach $§ 2_2$ in Kraft gebliebenen „besonderen Vorschriften" von den allg. Grundsätzen des StGB. nur beherrscht werden, soweit sie nicht etwa auch in dieser Richtung etwas Abweichendes bestimmen, bzw. die §§ 5—7 (s. u. N. 14) Platz greifen. Während btr. der Zulässigkeit von Abweichungen von der Dreiteilung der strafb. Hdlgen StGB. § 1 N. 12 zu vergleichen, ist im besonderen angenommen:

a. betreffs der Bestrafung der jugendlichen Personen, daß die Landesgesetzgbg. hinsichtlich der im StGB. § 57 vorgesehenen Strafmilderungen Abweichendes festsetzen könne; so Berlin 26. Sept. 77 St. 7 252 (vgl. auch PrFDG. § 10, wonach die Strafermäßigungen des StGB. § 57 keine Anwendung finden sollen); ja Berlin 6., 30. Okt. 71, O. 12 498, 545 hat sogar die Bestrafung der nach StGB. § 55 Strafunmündigen auf Grund ausdrücklich abweichender Landesgesetze für zulässig erachtet (ebenso Oppenh.-D. § 55 N. 7; aM. jedoch: München 7. Sept. 72 BayerE. 2 224, Rüd.-St. § 55 N. 4, Bruck Zurechnungsfhgkt. S. 73); s. aber unten letzter Abs.

b. betreffs der Verjährung, daß § 17 des WechselstplstG. nicht außer Kraft gesetzt sei (Berlin 1. Juni 77 O. 18 364), ferner daß auch abweichende Bestimmungen des Landesstrafr. in Geltung geblieben seien (RG. I 25. März 97 E. 30 31 btr. Art. V des PrG. v. 22. Mai 1852 über die Verjährungsfrist der Zuwiderhandlungen gg. die Steuergesetze, Berlin 29. Juni 76, 16. Mai 79, O. 17 476, 20 268, cit. Dresden SächsA. 18 492), endlich, daß die Landesgesetzgbg. befugt sei, abweichende Bestimmungen zu treffen (RG. III 1. Mai 80 E. 2 33; s. o. N. 2).

Dennoch aber erscheint die Durchführung dieser Ansicht bis in ihre äußersten Konsequenzen unmöglich, worauf insbesondere Frank N. II hinweist; man wird mit ihm und Köhler aO. (s. o. N. 12_2) anerkennen müssen, daß gewisse allgemeine Vorschriften des StGB. die Rechtsstellung des Individuums gegenüber der Strafgewalt des Staates schlechthin festlegen, also Rechte der Untertanen begründen wollen; dahin gehören namentl. auch die Vorschriften über das Alter der Strafmündigkeit u. die Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht Voll-Strafmündiger; s. o. a. Soweit wird im Resultate der ersten der o. N. 12_2 charakterisierten Mittelmeinungen zuzustimmen sein.

Digitized by Google

14) Die grundsätzliche Freiheit des Landesrechtes gegenüber den allg. Bestimmungen des StGB., insoweit es um in Kraft bleibende „besondere Vorschriften" sich handelt, ist eingeschränkt durch §§ 5, 6 des EG. Da insbs. nur die im § 5 bezeichneten Strafen angedroht werden dürfen, so ist die Landesgesetzgbg. abweichende Bestimmungen von den über die betreffenden Strafen im StGB. T. I Abschn. 1 gegebenen Vorschriften prinzipiell nur insoweit zu treffen befugt, als dadurch der Charakter der btr. Strafart nicht alteriert wird; Oppenh.-D. § 6 N. 7; überwiegend wird angenommen, daß die Vorschriften des StGB. über das Strafensystem absolut bindendes Recht seien; vgl. im allg.: Binding Hb. 1 296, Hälschner 1 105, v. Liszt S. 254 N. 1, Merkel N. 7, Matthiessen Inaug.-Diss. S. 41; vgl. aber andererseits speziell btr. die Freiheitsstr. (abgesehen von Zuchth.) § 19 N. 6b, btr. die Geldstr. § 27 N. 5b. Gerade aus dem absoluten Charakter der in den §§ 5, 6 gegebenen Vorschriften wird die Freiheit der Landesgesetzgbg. im übrigen gefolgert; so insbs. in dem N. 13 zit. Berlin O. 18 504.

Dazu kommt, daß die Einl. Best. (vgl. StGB. Einl. Best. Überschr. N. 1) einzelne Vorschriften enthalten, die allem Landesstrafr. gegenüber absolute Gültigkeit beanspruchen (vgl. im einzelnen StGB. §§ 7 N. 4, 11 N. 1_3, 12 N. 2_3).

15) „Besondere Vorschriften" des Reichsstrafr. sind „namentlich" erlassen über strafbare Verletzungen:

a. der „Preßpolizeigesetze" im PreßG., welches jedoch im § 30_{2-4} der Landesgesetzgbg., wenn auch nur in sehr beschränkter Weise, insbs. hinsichtlich des sog. Plakatenwesens, freien Spielraum läßt;

b. der „Postgesetze" im G. über das Postwesen des DR. v. 28. Okt. 1871;

c. der „Steuer- u. Zollgesetze", insbs. im VZG. sowie in verschiedenen Spezialgesetzen; die im § 149 VZG. bezüglich der Bestrafung der Teilnehmer u. Begünstiger für maßgebend erklärten „allgemeinen Vorschriften der Landesstrafgesetze" sind jedoch keine besonderen Vorschriften über strafbare Verletzungen der Zollgesetze und deshalb nicht mehr in Gültigkeit, sondern durch die entsprechenden Bestimmungen des RStGB. ersetzt (§ 3 N. 5); RG. IV 12. Okt. 88 E. 18 191.

16) Als „besondere" und deshalb in Kraft gebliebene Vorschriften des Landesstrafr. sind, obgleich sie im Abs. 2 nicht „namentlich" aufgeführt sind, anzusehen diejenigen über Bestrafung:

a. des Sklavenhandels, indem von der Hineinziehung dieser, nunmehr durch G. btr. die Bestrafung des Sklavenraubes u. des Sklavenhandels v. 28. Juli 1895 geregelten, Materie in das StGB. ausdrücklich Abstand genommen wurde (vgl. Rubo S. 84); so die GM.; aM. Gareis Völkerr. u. Menschenhdl. (1879) S. 54;

b. von Zuwiderhandlungen gg. Vorschriften d. Wasserpolizei, da weder die §§ 312—314 noch die §§ 321, 326 StGB. eine Regelung der Materie enthalten; Berlin 6. Juni 74 O. 15 365;

c. des mutwilligen Querulierens aus PrAGO. III 1 §§ 30, 31, die auch nicht durch GVG. aufgehoben sind; RG. II 28. Dez. 83 E. 9 357;

d. der Verletzungen der Dienstpflichten des Gesindes 2c.

Vgl. außerdem die N. 4b bezeichneten Materien, welche das StGB. im T. II Abschn. 29 nur in einzelnen Punkten berührt, aber nicht regelt, sowie endlich das Sachregister s. v. „Materie".

Zu § 2 Absatz 3 N. 17.

17) Absatz 3, in welchem ausgedrückt ist, daß die Materie der mit dem Konkurse in Zusammenhang stehenden strafb. Hdlgen im StGB. nicht erschöpfend habe geregelt werden sollen, ist nach dem Inkrafttreten der KO. durch deren Buch III „Strafbestimmungen" bedeutungslos geworden (s. u. S. 31 unter VI).

18) Dem Richter steht das freie Urteil nicht nur darüber zu, welches Rstrafr. durch $§ 2_1$ außer Kraft gesetzt worden sei, sondern namentl. auch darüber, wie weit früheres und neueres Landesstrafr. dem StGB. gegenüber Geltung habe. Die Landesges. selbst binden ihn weder formell noch materiell, wenn er sie mit dem Rstrafr. unvereinbar er-

Digitized by Google

achtet; Dresden 27. Sept. 72 St. 2 34, Berner S. 247 N. 1, Binding Hb. 1 286, Hälschner 1 92, v. Wächter S. 66, Rüb.-St. S. 49.

Zu beachten ist aber, daß die Gesetzgebung, sofern sie nicht ausdrücklich einschränkende Anordnungen getroffen hat, der Landesgesetzgbg. die Abgrenzung der einzelnen strafb. Verletzungen der im Abs. 2 bezeichneten Art gegenüber den gemeinen Deliktsbegriffen überlassen hat; so RG. I 3. Juli 84 N. 6 497 speziell bezüglich der Abgrenzung des Feldfrevels von der Sachbeschädgg. (§ 303) und vom Diebst. (§ 242).

§. 3.

Wenn in Landesgesetzen auf strafrechtliche Vorschriften, welche durch das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) außer Kraft gesetzt sind, verwiesen wird, so treten die entsprechenden Vorschriften des letzteren an die Stelle der ersteren.

EG. zum PrStGB. Art. III. Entw. I (fehlt). Kommissions-Entw. § 4. Bundesrats-Entw. § 3. StB. S. 772, 1092, 1178, vgl. auch S. 301.

1) Der §. gibt eine auf alle „Landesgesetze", nicht bloß Straf- u. Strafprozeßgesetze, bezügliche Interpretationsregel, von welcher dahingestellt bleiben kann, ob sie, wie der Bundesratsbevollmächtigte ausführte, selbstverständlich ist. Ihre praktische Anwendung findet die Regel wesentlich bei den besonderen Landesstrgesetzen, welche nach § 2, nicht außer Kraft getreten sind.

2) Ein ausdrückliches „Verweisen" kann geschehen:

a. durch Bezugnahme auf bestimmte Gesetzesstellen; so enthält z. B. PrEinführungsG. v. 25. Juni 1867 Art. IV (dessen Nr. 2 noch in Geltung) eine ausdrückliche Verweisung auf PrStGB. § 268, ferner PrG. v. 7. Okt. 1865 btr. Errichtung 2c. von Marksteinen eine solche auf PrStGB. § 282, an dessen Stelle jetzt RStGB. § 286 (RG. III 13. Mai 80 E. 1 274, Berlin 15. März 76 O. 17 200) bzw. § 304 getreten ist;

b. durch eine mehr generelle Bezugnahme auf einzelne, durch bestimmte Gesetze geregelte Materien, wie z. B. wenn auf die Vorschriften der Landesstrgesetze wegen Bestechg. Bezug genommen wird;

c. durch Bezugnahme auf ein ganzes StrafG. oder eine gewisse Strafgesetzgbg. überhaupt, wie sie z. B. in Disziplinargesetzen vorkommt.

3) Ein stillschweigendes „Verweisen" liegt vor, wenn eine gewisse Vorschrift zwar äußerlich ohne jede Bezugnahme aufgestellt wird, dieses aber lediglich mit Rücksicht auf bestimmte strafrechtl. Vorschriften geschehen ist. Ob und inwieweit dieses der Fall, ist auf Grund der Entstehungsgeschichte der betreffenden Vorschrift zu prüfen. (Vgl. GVG. § 73[3], mit stillschweigender Verweisung auf StGB. § 57; Berlin 5. Okt. 76 O. 17 643.) Eine stillschweigende Verweisung wird insbes. häufig hinsichtlich der allgemeinen strafrechtl. Grundsätze stattfinden; Binding Hb. 1 282 N. 11, Hälschner 1 102, 109, Frank N. 1, v. Liszt S. 100, Köhler SeuffBl. 68 89. So hat auch RG. I 13. Okt. 83 E. 9 137 mit Recht auf Grund des gleichlautenden EGfEL. § 3 angenommen, daß bei Anwendung des — noch jetzt gültigen — Art. 6 des EL. G. über die Presse v. 27. Juli 1849 an Stelle der früher anwendbaren allg. Vorschriften des Code pénal diejenigen des StGB. getreten seien.

4) „Entsprechend" bedeutet: „seinem wesentlichen Inhalte nach zum Ersatze geeignet"; Berlin 26. März 79 O. 20 161; anders Rubo N. 2, der „entsprechend" gleich „übereinstimmend" nimmt. In diesem S. ist auch in StGN. Art. 1 von „entsprechenden Bestimmungen" die Rede, und sind es daselbst gerade durchweg solche, welche einen anderen Inhalt haben als diejenigen, denen sie entsprechen sollen, somit nicht mit diesen übereinstimmen. Wann derartige entsprechende Bestimmungen vorliegen, kann nur für den konkreten Fall entschieden werden.

5) Der §. bezieht sich seinem Wortlaute nach nicht auf frühere Bundesges. Gegen Rubo N. 4 ist aber mit Binding Hb. 1 282, Oppenh.-D. N. 1, Rüb.-St. N. 5, Heinze RStrafr. S. 87 f. u. Köhler aO. S. 76 anzunehmen, daß bezüglich dieser der Grundsatz

Digitized by Google

ohne weiteres gilt, da die Gesetzgebung des DR. eine kontinuierliche ist, in deren Absicht es nicht liegen kann, sich selbst zu verstümmeln, ohne Ersatz zu bieten; ähnlich RG. IV 12. Okt. 88 E. 18 191. Abgesehen von dem hier mehrfach angezogenen Art. 74 der RV., welcher deshalb nicht in Betracht kommt, weil er in direkter Weise durch diejenigen Vorschriften des StGB. ersetzt wurde, welche das DR. in seiner Existenz und Integrität sowie in seinen Einrichtungen zu schützen bestimmt sind, ist die Frage für die frühere Bundesgesetzgebung nicht ganz bedeutungslos. So verweist VZG. § 149 in betreff der Bestrafung der Miturheber, Gehilfen u. Begünstiger einer Kontrebande o. Defraudation auf die „allgemeinen Vorschriften der Landesstrafgesetze"; bei einer derartigen Verweisung in einem LandesG. würden gemäß § 3 die entsprechenden Vorschriften des StGB. an die Stelle treten, während hier nach Rubo eine Lücke eingetreten sein soll, weil die Verweisung in einem BundesG. geschehe, von dem § 3 nicht ausdrücklich spreche. Vgl. ferner §§ 160, 161 u. 162, desselben G.

§. 4.

Bis zum Erlasse der in den Artikeln 61 und 68 der Verfassung des Norddeutschen Bundes (Deutschen Reichs) vorbehaltenen Bundesgesetze (Reichsgesetze) sind die in den Paragraphen 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323 und 324 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen mit dem Tode zu bestrafen, wenn sie in einem Theile des Bundesgebietes, welchen der Bundesfeldherr (Kaiser) in Kriegszustand (Art. 68 der Verfassung) erklärt hat, oder während eines gegen den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangen werden.

Entw. I (fehlt). Kommissions-Entw. § 5. Bundesrats-Entw. § 4. StB. S. 775, 1178.

1) An Stelle der Vorschriften dieses §. hat es, nach § 7, G. btr. Einführung NDB. Gesetze in Bayern v. 22. Apr. 1871, in Bayern bis auf weiteres bei den einschlägigen Bestimmungen des Militärstrafr. sowie bei den sonstigen gesetzl. Vorschriften über das Standr. sein Bewenden. Die letzteren sind enthalten in den, durch Art. 3[12] des BayerG. z. Ausführung der RStPO. v. 18. Aug. 1879 modifizierten, Artt. 441—456 des StGB. f. d. Königreich Bayern v. 1813 T. II.

2) Es lauten Art. 61, der RV.:

> „Nach gleichmäßiger Durchführung der Kriegsorganisation des Deutschen Heeres wird ein umfassendes Reichs-Militärgesetz dem Reichstage und dem Bundesrate zur verfassungsmäßigen Beschlußfassung vorgelegt werden."

und Art. 68:

> „Der Kaiser kann, wenn die öffentliche Sicherheit in dem Bundesgebiete bedroht ist, einen jeden Teil desselben in Kriegszustand erklären. Bis zum Erlaß eines die Voraussetzungen, die Form der Verkündigung und die Wirkungen einer solchen Erklärung regelnden Reichsgesetzes gelten dafür die Vorschriften des Preußischen Gesetzes vom 4. Juni 1851 (GS. für 1851 S. 451 ff.)."

Da nun § 4 eine Übergangsbestimmung dahin enthält, daß bis zum Erlaß der in den eben mitgeteilten Artt. der RV. vorbehaltenen Reichsges. gewisse im StGB. mit lebenslängl. Zuchth. bedrohte Verbr. mit dem Tode bestraft werden sollen, wenn sie begangen werden: a) entweder in einem Teile des Bundesgebietes, welchen der Kaiser in Kriegszustand erklärt hat, oder b) während eines gegen das DR. ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze, so erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß der Übergangszustand bestehen solle für die erstere Alternative bis zum Erlaß eines RG. über die Erklärung in den Kriegszustand, für die letztere Alternative bis zum Erlaß eines RMilitärG., daß derselbe dagegen nicht für beide Alternativen andauern solle, bis beide in Aussicht genommenen Rgesetze erlassen seien. Diese mit dem Wortlaut des

Digitized by Google

§ 4 jedenfalls zu vereinigende Auslegung rechtfertigt sich aus seinem Charakter als einer Übergangsbestimmung, deren Ersatz durch die in Aussicht gestellte definitive Regelung sobald wie möglich anzunehmen ist.

3) Das durch Art. 61 RV. in Aussicht genommene umfassende „Reichs-Militärgesetz" ist inzwischen erlassen worden; i. S. jenes Art. wird aber als die Erfüllung des Art. 61 nicht nur das RMG. selbst v. 2. Mai 1874, sondern namentl. auch das MStGB. v. 20. Juni 1872 anzusehen sein. Deshalb ist § 4 bereits insoweit außer Wirksamkeit getreten, als er sich auf die während eines gegen das DR. ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangenen Verbr. bezieht; so: v. Liszt S. 117, Frank § 4 N. 1, Hecker Militärstrafr. S. 44; aM. Oppenh.-D. N. 1. Seinen Ersatz hat er, auch materiell, teilweise durch Bestimmungen des MStGB. gefunden; vgl. die näheren Ausführungen hierüber im Kommentar 5. Aufl. diese Note.

4) Das durch RV. Art. 68 in Aussicht genommene G. über die Erklärung des Kriegszustandes ist dagegen noch nicht erlassen; vgl. jedoch G. über die Vorbereitung des Kriegszustandes in Els.Lothr. v. 30. Mai 1892. Die in den §§ 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323 u. 324 StGB. bedrohten Verbr. sind daher noch jetzt mit dem Tode zu bestrafen, wenn sie in einem Teile des Bundesgebietes, welchen der Kaiser in Kriegszustand erklärt hat, begangen werden. Über die Bestrafung der bezüglichen Verbr. an Personen, die dem MStGB. unterworfen sind, vgl. die Ausführungen im Kommentar 5. Aufl. diese Note.

5) Nach RV. Art. 68 sollen „bis zum Erlaß eines die Voraussetzungen, die Form der Verkündigung und die Wirkungen einer Erklärung in Kriegszustand" regelnden RG. „dafür" die Vorschriften des PrG. v. 4. Juni 1851 über den Belagerungszustand gelten, selbstverständlich nur insoweit, als die Voraussetzungen, die Form der Verkündigung und die Wirkung der Erklärung nicht durch Art. 68 selbst geregelt sind. Abgesehen davon bestimmt aber Art. 68 zunächst selbständig, daß die Erklärung nur vom „Kaiser" ausgehen könne, nicht von den im PrG. bezeichneten Behörden bzw. militärischen Befehlshabern (aM. Arndt ZStrW. 22 385), sowie ferner, daß der „Kriegszustand" (nicht wie nach dem PrG. der „Belagerungszustand") zu erklären sei.

6) Als Voraussetzung für die Erklärung in Kriegszustand stellt Art. 68 die Bedrohung der „öffentlichen Sicherheit in dem Bundesgebiete" auf. Dieses ist jedoch nicht, wie Rubo N. 4 annimmt, die einzige Voraussetzung, vielmehr treten, wie man nach der Fassung des Art. 68 annehmen muß, die im PrG. v. 4. Juni 1851 in den §§ 1, 2 aufgestellten Voraussetzungen hinzu, derartig, daß die Erklärung in Kriegszustand nur zulässig ist, wenn die öffentliche Sicherheit im Bundesgebiete für den Fall eines Krieges oder eines Aufruhrs bedroht ist; Oppenh.-D. N. 4. Daß diese Auffassung die richtige sei, ergibt deutlich der Vertrag btr. den Beitritt Bayerns zur Verfassung des DR. v. 23. Nov. 1870, indem es daselbst unter III § 5 Abs. 5 VI lautet:

> „Die Voraussetzungen, unter welchen wegen Bedrohung der öffentlichen Sicherheit das Bundesgebiet 2c. in Kriegszustand erklärt werden kann 2c., werden durch ein Bundesgesetz geregelt."

7) Die Form der Verkündigung richtet sich nach § 3 des PrG. v. 4. Juni 1851. Nach diesem erfolgt die Verkündigung „bei Trommelschlag oder Trompetenschall"; wenn außerdem die Erklärung in bestimmter Weise „ohne Verzug zur allgemeinen Kenntnis" gebracht werden soll, so ist dieses nicht als ein Essentiale der Verkündigungsform anzusehen; Rubo N. 4. Fraglich ist, wo die Verkündigung „bei Trommelschlag oder Trompetenschall" zu geschehen habe, namentl. ob dies, in Hinsicht auf den Zweck der außerordentlichen Verkündigungsart, „in jeder Einzelgemeinde" zu geschehen habe. Das G. verlangt dieses jedoch nicht; so jetzt auch Oppenh.-D. N. 5. Dagegen wird man andererseits nicht mit Rubo N. 4 jede irgendwo erfolgte derartige Verkündigung für ausreichend erachten können, sondern verlangen müssen, daß dieselbe am Aufenthaltsorte des Kaisers stattgehabt habe (vgl. Berlin 19. Apr. 71 O. 12 215); denn da die Erklärung von dort ausgeht, so ist sie auch daselbst in der vorgeschriebenen Form zu verkünden.

Digitized by Google

8) Was die Wirkungen der Erklärung in Kriegszustand anbetrifft, so interessieren hier die übrigen im PrG. v. 4. Juni 1851 hervorgehobenen nicht, sondern lediglich die im EG. § 4 selbst angegebene, welche mit der des PrG. § 8 korrespondiert. Sie ist mit Rücksicht darauf, daß das frühere PrStGB. die Todesstrafe in weiterem Umfange als das RStGB. kannte, und daß sie außerdem durch den zit. § 8 im Falle eines Belagerungszustandes noch ausgedehnter zur Anwendung kam, für den Fall eines nach RV. Art. 68 erklärten Kriegszustandes für notwendig erachtet worden. Übrigens ist § 8 des PrG., mit Rücksicht auf die Regelung der strafrechtl. Folgen der Erklärung des Kriegszustandes im § 4, außer Kraft getreten; so: Finger 1 463 N. 599, Oppenh.-D. N. 7, Kleinfeller St. RStNebengef. S. 438, Stenglein RStNebengef. 3. Aufl. S. 457, Laband Staatsr. 4 45; aM.: Berlin 10. Feb. 71 O. 12 89, Rüd.-St. N. 2 u. § 306 N. 4. Vgl. auch Begründung zu § 8 des Entw. eines G. über den Belagerungszustand in Els.Lothr. (Nr. 687 d. Druckf. der RTSession 1890/92).

9) Nur der Landesverrat aus § 87 S. 2 u. § 90 ist ausschließlich „mit lebenslänglichem Zuchthaus" bedroht, während diese Strafe für sämtliche übrigen im § 4 bezeichneten Verbr. nur wahlweise angedroht ist (vgl. StGB. § 14 N. 1). Immerhin aber sind dieselben „mit lebenslängl. Zuchth. bedroht", so daß sie beim Vorliegen der Bedingung stets mit dem Tode zu bestrafen sind, nicht nur alsdann, wenn sonst auf lebenslängl. Zuchth. zu erkennen gewesen wäre, indem die andern wahlweise angedrohten Strafen neben der Todesstr. elektiv konkurrierten; so: Hälschner 2 763, Rubo N. 9, Rüd.St. N. 5; aM.: Finger 1 455, John HH. 3 58, v. Liszt S. 257, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 7, Laband Staatsr. 4 43 N. 1, Seuffert Anarchismus u. Strafr. S. 139 N. 221. Bei Zulässigkeit mild. Umst. kann jedoch im Falle ihrer Annahme die Todesstr. nicht verhängt werden, da jene Verbr. bei mild. Umst. nicht mit lebenslängl. Zuchth. bedroht sind; so außer Rüd.-St. u. Hälschner auch v. Liszt aO. N. 4. Für den Fall der mild. Umst. gelten vielmehr die allg. Strafbestimmungen, indem § 8_2 des PrG. v. 4. Juni 1851, wonach bei mild. Umst. statt der Todesstr. auf 10- bis 20jähriges Zuchth. zu erkennen war, weder in Kraft geblieben ist (N. 8), noch einen Ersatz gefunden hat. Zu beachten ist außerdem, daß die Verbr. gg. StGB. §§ 81 u. 88_1 nach § 20 das. nur insofern sie „aus einer ehrlosen Gesinnung entspringen" mit „lebenslängl. Zuchthaus" bedroht sind.

§. 5.

In landesgesetzlichen Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) sind, darf nur Gefängniß bis zu zwei Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Aemter angedroht werden.

Entw. I Art. IV. Kommissions-Entw. § 6 Abs. 1, 2. Bundesrats-Entw. § 5. StB. S. 776/7 und 1177/8.

1) Der Kommissions-Entw., welcher noch die Aufhebung der kodifizierten Landesstrafgesetzbücher beabsichtigte (§ 2 N. 1), enthielt den für die Auslegung des § 5 bedeutungsvollen Abs. 2:

> „Diese Beschränkung findet jedoch auf den Erlaß solcher Strafvorschriften keine Anwendung, welche bestimmt sind, die durch den § 2 aufgehobenen Strafvorschriften insoweit zu ersetzen, als sie Materien betreffen, welche nicht Gegenstand des StGB. f. d. NDB. sind."

2) Aus der Entstehungsgeschichte, worüber der Kommentar 5. Aufl. diese Note zu vergleichen, ergibt sich das durch die Wortfassung wesentlich unterstützte Resultat, daß § 5 nur auf die zukünftige Landesgesetzgbg. sich bezieht, die bestehende dagegen unberührt läßt. So: Berner S. 43, v. Liszt S. 100, Merkel S. 8, Meves HH. 3 930, H. Meyer S. 100, Schütze S. 12 u. G. 20 359, Frank §§ 5, 6 N. 1, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 3, Fuhr PolAuff. S. 32. AM.: Binding Hb. 1 298, Finger 1 159, Kayser HH. 4 52, v. Wächter Beil. S. 246, Rubo N. 1, v. Buri GS. 23 162, namentl. aber Heinze RStrafr. S. 87, 91 ff., HH. 2 16 u. GS. 30 561. Eine Mittelmeinung vertritt Hälschner 1 104 f., 110 dahin, daß § 5 zwar auch auf ältere, neben dem StGB. fortgeltende Strafgesetze sich

Digitized by Google

beziehe, aber ausdrücklich nur auf Landesgesetze über Materien, welche nicht Gegenstand des StGB. seien.

3) Die Wirkung des im § 5 gegebenen Verbotes hat nicht erst vom Tage des Inkrafttretens des StGB. selbst, sondern vielmehr schon von demjenigen des EG. (N. 2 z. Eingang des G.) begonnen; so Oppenh.-D. N. 1; aM. Rüd.-St. N. 4.

4) Die für die Landesgesetzgbg. zugelassenen Strafarten sind in dem Sinne zu verstehen, wie das StGB. sie kennt. Daraus folgt aber nicht, daß die durch § 2_3 aufrecht erhaltene Landesgesetzgbg. jene Strafen lediglich nach Maßgabe der bezüglichen Vorschriften des StGB. androhen dürfe, vielmehr ist nur das Wesen der Strafen beizubehalten; vgl. § 2 N. 14_1 u. StGB. T. I Abschn. 1 N. 1_3. Über die Frage, ob die Landesgesetzgbg. an die Maximal- u. Minimalbeträge des StGB. gebunden sei, die von Binding Hb. 1 296, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 5 u. v. Schwarze N. 2 unbedingt bejaht wird, sind die btr. Ausführungen zu den einzelnen Strafarten zu vergleichen.

a) „Einziehung einzelner Gegenstände" darf angedroht werden, nicht aber diejenige von „Rechten", welche nach dem Sprachgebrauch nicht unter „Gegenständen" mitverstanden werden (vgl. StGB. § 40 N. 6). So: Binding Hb. 1 301 f., Oppenh.-D. StGB. § 40 N. 6, Rüd.-St. N. 9. AM.: Heinze RStrafr. S. 98 u. HH. 2 14, Rubo N. 8 u. StGB. § 40 N. 6.

b) Die „Entziehung öffentlicher Ämter" ist dem im StGB. wiederholt angedrohten „Verlust der bekleideten öffentl. Ämter" gleichzuachten (vgl. StGB. T. I Abschn. 1 N. $3b_4$ sowie §§ 33, 35_2), also nicht gleichbedeutend mit der in den §§ 31, 35_1 das. und sonst erwähnten „Unfähigkeit zur Bekleidung öffentl. Ämter", welche daher in den Landesgesetzen nicht angedroht werden darf; Rubo N. 9. In Rücksicht auf das RBeamtenr. und das Staatsr. der einzelnen Bundesstaaten ist die Zulässigkeit jener Strafe in Landesgesetzen unter der selbstverständlichen Beschränkung zu verstehen, daß die Androhung nur auf öffentl. Ämter desjenigen Bundesstaats sich erstrecken könne, der das btr. Strafgesetz erläßt; Binding Hb. 1 302, Rubo N. 9. Im übrigen ist der Begriff „der öffentl. Ämter" i. S. des § 31 StGB. zu verstehen, so daß deshalb Landesgesetze, welche den Verlust geistlicher Ämter als Kriminalstr. androhen, als gültig anzusehen sind (vgl. StGB. § 31 N. 7, 11). So Binding Hb. 1 302 wenigstens für den Fall, daß das geistl. Amt nach dem btr. Staatsr. zu den öffentl. Ämtern gehöre. Anders die GM., insbs. Berlin 17. Juni 74 St. 4 97.

5) Da der „Verweis" im § 5 nicht genannt ist, so darf er in Zukunft seitens der Landesgesetzgbg. nicht angedroht werden; so: Binding Hb. 1 303, Birkmeyer Enzykl. S. 1139, Frank N. 1 2, Rüd.-St. N. 11, Heinze RStrafr. S. 99, Ellinger Verweis S. 88; aM. Kayser HH. 4 53. Dagegen darf sowohl gemäß § 6 auf Grund in Geltung gebliebenen Landesstrafr. (s. o. N. 2 sowie John StRZ. 11 344), als auch in Gemäßheit der allg. Vorschrift des StGB. § 57^4 bei Zuwiderhandlungen gegen Landesges. auf Verweis erkannt werden (vgl. StGB. § 57 N. 5, 11); so btr. beider Fälle Finger 1 158 N. 186, btr. des letzteren Binding Hb. 1 303 mit dem Bemerken, daß Verweis die einzige Strafart sei, deren Androhung im Landesges. nach § 5 unzulässig, deren Zuerkennung aber wegen landesrechtl. Delikte nach § 6 zulässig sei.

6) Die Disziplinarstr. werden durch § 5 in keiner Weise beschränkt, da das StGB. in keinem Teile auf das Disziplinarstrafr. sich bezieht. So: Berner S. 41, Binding Hb. 1 274 (auf Grund des Sinnes, welche dem „Strafrecht" in der RV. Art. 4^{13} zukomme; s. o. S. 1), H. Meyer S. 100, v. Wächter Beil. S. 245, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 4, auch Merkel S. 8 (obschon mit Einschränkung nach der Intention des Reichsrechts). AM. ROHG. 4. März 74 Entsch. 13 28 (39), ferner Rubo N. 4, welcher verkennt, daß in der Gesetzgebung tatsächlich der Unterschied zwischen kriminellem und disziplinarischem Strafr. besteht und anerkannt wird; dsgl. Heinze RStrafr. S. 100 ff., dem gegenüber geltend zu machen ist, daß aus einer Grenzverrückung beider Gebiete, wie sie z. B. durch die Bestimmungen des StGB. T. II Abschn. 15 über den Zweikampf gegenüber den Disziplinarges. mancher Universitäten stattgefunden hat (vgl. Berlin 6. Juni 77 O. 18 366), noch nicht die Beseitigung des Disziplinarr. überhaupt folgt, daß dieselbe aber

Digitized by Google

noch weniger aus der Motivierung eines Amendements (btr. Einschaltung der „Entziehung öffentlicher Ämter") seitens des Antragstellers Lasker gefolgert werden kann, da das Amendement die Beseitigung des Disziplinarstrafr. keineswegs notwendig bedingte; auch Hälschner I 111, trotzdem er das. S. 113 die Materie des Disziplinarstrafr. der Landesgesetzgbg. vollständig offenstehend erachtet. Eine nicht klare Mittelmeinung vertritt Meves HH. 3 930 f.

7) Wenn auch § 5 die Anordnung trifft, daß in landesgesetzl. Vorschriften „nur angedroht" werden darf „Gefängnis 2c.", so ist doch dies nicht wörtlich zu nehmen, sondern in dem restriktiven S. auszulegen, daß keine anderen Strafen als die im § 5 bezeichneten angedroht werden dürften. Auf polizeil. Maßnahmen und Privatgenugtuungen ist die Vorschrift nicht zu beziehen; sie gehören anderen Rechtsgebieten an als dem strafrechtl., und nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten erfolgt ihre „Androhung", wie im StGB. selbst, so auch in anderen Strafgesetzen (L. I Abschn. 1 N. 4, 5); Frank §§ 5, 6 N. II; bedenklich ist Seuffert, v. L. Europ. Strafr. S. 89.

Aus diesem Gesichtspunkte entscheidet sich auch die Frage, ob in Landesgesetzen „Buße" angedroht werden dürfe; da sie lediglich Privatgenugtuung ist (StGB. § 188 N. 2), so steht ihrer Androhung durch die Landesgesetzgbg. nichts entgegen; so: Binding Hb. I 325, v. Liszt S. 273, Oppenh.-D. N. 8, Reinhardt Geldstr. S. 26, Bennecke-B. S. 119 N. 12; aM. Rubo N. 7, weil sie Privatstrafe sei; dieser Grund ist aber nicht stichhaltig, da sie doch ev. eine Privatgeldstrafe sein würde.

Unbedenklich ist endlich die Zulässigkeit der Androhung der subsidiären „Haftbarkeit" eines Dritten für die Geldstr. u. den Wertsersatz (bzw. Kosten), zu denen ein anderer verurteilt ist; Oppenh.-D. aO. Faßt man diese auch als Strafe (nicht als Privatgenugtuung o. zivilrechtl. Verhaftung) auf, so würde sie unbedingt als Geldstr. sich darstellen und deshalb landesgesetzl. angedroht werden dürfen.

8) Eine Einschränkung erleidet § 5 durch § 8 (das. N. 1), eine Ergänzung von demselben enthält $§ 6_2$ (das. N. 6).

9) Nach $§ 6^1$ des SchutzgebietsG. i. d. Fassung v. 25. Juli 1900 kann durch V. in Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des StGB. sind, Gef. bis zu 1 J., Haft, Geldstr. u. Einziehung einzelner Gegenstände angedroht werden.

§. 6.

Vom 1. Januar 1871 ab darf nur auf die im Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) enthaltenen Strafarten erkannt werden.

Wenn in Landesgesetzen anstatt der Gefängniß- oder Geldstrafe Forst- oder Gemeinde-Arbeit angedroht oder nachgelassen ist, so behält er hierbei sein Bewenden.

EG. zum PrStGB. Art. X. Entw. I Art. V. Kommissions-Entw. § 7. Bundesrats-Entw. § 6.

Zu § 6 Absatz 1. N. 1—5.

1) Der $§ 6_1$ enthält eine bindende Schranke für den Richter, welcher nach dem Inkrafttreten des StGB. einen konkreten Fall abzuurteilen hat; Darmstadt 3. Apr. 72 St. I 252. Während selbstverständlich die neuere RGesetzgebung in der Einführung anderer als der im StGB. enthaltenen Strafarten nicht behindert ist (vgl.: GewerbeO. — i. d. F. der Nov. v. 1883 — § 143, NahrungsmittelG. § 16, ViehseuchenG. v. 1. Mai 1894 § 63), darf weder auf Grund älterer RGesetze noch auf Grund der Landesgesetzgbg. auf eine dem StGB. unbekannte Strafart erkannt werden. Letzteres gilt namentl. auch von den nach $§ 2_2$ in Kraft gebliebenen „besonderen Vorschriften" des Landesstrafr. (§ 2 N. 14_1); so: Berner S. 43, Geyer I 162, H. Meyer S. 100, Schütze S. 12 u. G. 20 359, Oppenh.-D. N. 3, Meves StRZ. II 553, auch Hälschner I 105, nach dem § 6 sich sogar „nur auf die Landesgesetze beziehen soll, welche nach § 2 in Kraft geblieben sind, obwohl sie Materien betreffen, welche Gegenstand des StGB. sind"; aM. v. Schwarze § 5 N. 3.

Digitized by Google

Der § 6_1 findet keine Anwendung auf die gegen Personen unter 12 Jahren zu ergreifenden Maßregeln, da solches keine Kriminalstrafen sind (StGB. § 55); Binding Hb. I 324, Rüd-St. aO., Heinze RStrafr. S. 105.

2) Auf die bereits vor dem Inkrafttreten des StGB. erkannten Strafen ist § 6_1 einflußlos, so daß z. B. die Wirkungen der nach einem Landesges. erkannten Zuchthausstrafen nach diesem zu beurteilen sind, soweit Übergangsges. oder Gnadenerlasse nicht ein anderes bedingen; ROHG. 2. Feb. 75 Entsch. 16 26, Berlin 9. Juni 75 O. 16 432.

3) Der Abs. 1 ist in völliger Übereinstimmung mit StGB. § 2_1 (das. N. 22) zu verstehen, derartig daß, wenn ein StrafG. lediglich die Androhung einer nicht gestatteten Strafart enthält, in Ermangelung eines nach § 8 die Übereinstimmung mit dem StGB. herbeiführenden Gesetzes, die Handlung straflos bleiben muß; so: Berlin 17. Juni 74 St. 4 97, Finger I 158, H. Meyer S. 102, Oppenh.-D. § 8 N. 7, Meves StRZ. II 553, auch v. Schwarze N. 2 (im Widerspruch jedoch mit § 5 N. 3); aM. Binding Hb. I 250, der Landesrichter sei legitimiert, die, von der Landesgesetzgbg. verabsäumte, Strafumwandlung selbst vorzunehmen u. auf die der abgeschafften landesrechtl. Strafe an Gehalt annähernd gleichkommende gemeinrechtl. Strafe zu erkennen, ferner Hälschner I 107 u. v. Buri GS. 23 163, auf die unter der Herrschaft der früheren Strafges. begangenen Hdlgen fänden die alten Strafen Anwendung, wenn nicht StGB. § 2_2 Platz greife.

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß nicht die wörtliche Bezeichnung, sondern das Wesen der Strafe entscheidend ist. So bleiben namentl. die in Steuerges. vielfach vorkommenden sog. Ordnungsstrafen in Kraft, weil dieselben ihrem Wesen nach nichts weiter als Geldstr. sind, desgl. die sog. Geldbußen (vgl. BranntweinsteuerG. v. 8. Juli 1868 §§ 51, 57 f.); auch trägt die Geldsumme, auf welche nach dem BayerG. btr. die Erhebung einer Abgabe von Salz v. 16. Nov. 1869 §§ 11, 16 zu erkennen ist, durchweg den Charakter einer Geldstrafe; RG. I 9. Okt. 84 E. II 139. Es ist deshalb ferner auf Haft zu erkennen, wenn auch ein LandesG. die jener im wesentlichen gleichstehende Freiheitsstr. z. B. „polizeiliches Gefängnis" benannte; RG. IV 27. Nov. 85 E. 13 93, Jena 4. Dez. 73 St. 3 147. Deshalb ist hier, wie auch sonst mehrfach (StGB. §§ 2 N. 22, 7 N. 5 und namentl. § 79 N. 3), von Wichtigkeit, ob ein landesrechtl. Strafsystem mit demjenigen des StGB. in Vergleich gezogen werden kann. Im Hinblick auf die beiden Strafensysteme des Pr. und des RStGB. sowie auf den Umstand, daß das erstere dem letzteren positiv zum Vorbilde und zur Anlehnung gedient hat, wird man die Hauptstrafen im RStGB. demjenigen des PrStGB. entsprechend finden; so zit. RG. E. 13 93, mit der Ausführung, daß gemäß PrStGB. § 1_2 i. V. mit EGzPrStGB. v. 14. Apr. 1851 Art. VIII nach § 6 da, wo ein PrG. eine Gefängnisstr. bis 6 Wochen androhe, auf Haft zu erkennen sei; vgl. auch Rüd.-St. N. 4_3 u. StGB. § 2 N. 5_2, Olshausen Vorbestr. S. 38 ff. Dasselbe gilt hinsichtlich der früheren auf dem PrStGB. beruhenden Kodifikationen.

4) Darüber, welche „Strafarten" im StGB. enthalten sind, vgl. StGB. E. I Abschn. 1 N. 3. Es gibt aber auch polizeil. Maßnahmen und Privatgenugtuungen, die — wie nach dem StGB. (vgl. E. I Abschn. 1 N. 4, 5) — so auch nach anderen Strafges. als Folgen einer strafb. Hdlg. vom Strafrichter im strafgerichtl. Verfahren durch Urteil ausgesprochen werden müssen oder können; auf solche kann nach wie vor erkannt werden, auch wenn sie im StGB. nicht „enthalten" sind; RG. II 18. Feb. 87, I 25. Nov. 95, E. 15 305, 28 45 (letzteres btr. EGfEL. Art. V).

5) Auf andere als die im StGB. enthaltenen Strafarten darf nicht erkannt werden; dagegen ist nicht gesagt, daß unbedingt nur nach Maßgabe der über die einzelnen Strafarten gegebenen näheren Bestimmungen erkannt werden dürfe; es gilt hier vielmehr lediglich das §§ 2 N. 14_1, 5 N. 4 Bemerkte. Deshalb sind die in den aufrechterhaltenen besonderen bundes- u. landesrechtl. Vorschriften enthaltenen Abweichungen bezüglich der Strafen insoweit in Geltung geblieben, als dadurch nicht der Charakter der — im StGB. aufgestellten — Strafart beeinträchtigt wird (StGB. E. I Abschn. 1 N. 1_3). Wegen der Frage, ob der Richter hierbei an die Höchst- u. Mindestbeträge des StGB. gebunden sei, die von v. Schwarze N. 3 unbedingt verneint, dagegen von Binding Hb. I 301 u. Rubo

Digitized by Google

N. 1 (bzw. S. 146) bejaht wird, dsgl. von Fuhr PolAuff. S. 33 wenigstens hinsichtlich der Maximalgrenzen, sind die Erörterungen bei den einzelnen Strafarten zu vergleichen.

Zu § 6 Absatz 2 N. 6, 7.

6) Abs. 2 enthält die einzige Ausnahme vom Abs. 1. Wenn dieselbe als solche auch strikt zu interpretieren ist, und außerdem der Wortlaut zunächst dafür spricht, daß der Abs. nur die damals bestehenden Landesges. im Auge habe, so ist doch nach der Entstehungsgeschichte dieses Abs. (vgl. Kommentar 5. Aufl. diese Note) sowie nach dem der Bestimmung zu Grunde liegenden Zwecke anzunehmen, daß durch dieselbe der Landesgesetzgbg. das Recht eingeräumt werden sollte, sowohl in den in Kraft gebliebenen Landesstrafges. als auch in den künftig zu erlassenden die „Forst- o. Gemeinde-Arbeit" als Strafart beizubehalten, falls nur die btr. Landesgesetzgbg. dieselbe schon kannte. So: Binding Hb. 1 304, Hälschner 1 106, Rüd.-St. N. 5, Heinze RStrafr. S. 106. AM. Rubo N. 6, auch Frank §§ 5, 6 N. 11.

Es enthält hiernach § 6_2 gleichzeitig eine Ergänzung des § 5 (Binding Hb. 1 304, Rüd.-St. N. 5), der entsprechend z. B. das PrFDG. im § 14 statt der Gefängnisstr. Forst- o. Gemeinde-Arbeit nachgelassen hat.

7) Wenn § 7 von Gefängnisstr. spricht, so ist dieser Ausdruck hier in der techn. Bedeutung des § 16 gebraucht; so: v. Liszt ZStrW. 9 766, Rotering PrFDG. S. 50; aM. Binding Hb. 1 304 N. 24, indirekt auch Hälschner 1 600 N. 2 u. Rüd.-St. StGB. § 18 N. 2.

Wenn das Gesetz ferner von „Androhung oder Nachlassen anstatt der Gefängnis- 2c. Str." spricht, so erhellt daraus, daß die Landesgesetzgbg. die Forst- o. Gemeinde-Arbeit androhen darf, entweder ausschließlich oder in näher zu bestimmender Art wahlweise; auch steht nichts entgegen, daß sie für einen Teil der Gefängnisstr. 2c. neben solche tritt; vgl. Binding Hb. 1 304.

§. 7.

Vom 1. Januar 1871 ab verjähren Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Entrichtung der Branntweinsteuer, der Biersteuer und der Postgefälle in drei Jahren.

Entw. I, II (fehlt). StB. S. 777. Aktenstück Nr. 129 II.

1) Der Anfangstermin der Wirkung dieses §. fällt, wie bei § 6, zusammen mit dem Inkrafttreten des StGB.

2) Dieser §. handelt nur von der Verjährungszeit der Zuwiderhandlungen gegen die bezeichneten Vorschriften, d. h. korrekter von der Verjährungszeit der Strafverfolgung der btr. Zuwiderhandlungen (vgl. §§ 66, 67). Sonach bleibt es sowohl hinsichtlich der übrigen, die Verjährung der Strafverfolgung berührenden Fragen als auch namentl. hinsichtlich der Verjährung der Strafvollstreckung bei den allg. Grundsätzen des StGB.

3a) Das G. btr. die Besteuerung des Branntweins v. 8. Juli 1868 verwies im § 68 in Ansehung der „Verjährung der Strafen" auf die entsprechenden Anordnungen des ZollstrafG.; nach VZG. § 164 verjähren aber die Verg. der Kontrebande und Defraudation in drei Jahren, die Ordnungswidrigkeiten in einem Jahre. Jetzt verjährt dagegen die Verfolgung auch der letzteren — selbst insoweit sie in dem neueren BranntweinstG. v. 24. Juni 1887 (Fassung v. 16. Juni 1895) angedroht sind — erst in drei Jahren; RG. III 19. Sept. 95 G. 43 373 (btr. Zuwiderhdlg. gg. VZG. § 57), III 12. Feb. 00 E. 33 151 (btr. Branntweinst.G. § 43e Abs. 2 i. d. F. v. 16. Juni 1895 — neueste F. v. 7. Juli 02 —), Berlin 1. Juli 75 O. 16 504.

b) Bezüglich der Verjährung der Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Entrichtung der sog. Biersteuer bestimmt nunmehr das G. wg. Erhebung der Brausteuer v. 31. Mai 1872 § 40, daß — wieder wie früher — die Verfolgung der Defraudationen in drei Jahren, dagegen diejenige der Ordnungswidrigkeiten in einem verjährt; so in letzterer Beziehung RG. III 4. März 86 E. 14 15.

c) Das G. über das Postwesen des DR. v. 28. Okt. 1871 enthält Vorschriften über die Verjährung nicht.

Digitized by Google

§. 8.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Uebergangsbestimmungen zu treffen, um die in Kraft bleibenden Landesstrafgesetze mit den Vorschriften des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) in Uebereinstimmung zu bringen.

Entw. I Art. VI. Entw. II § 7. StB. S. 1178.

1) Dem § 8 ist die Bedeutung beizulegen, daß es der Landesgesetzgebung dadurch gestattet werde, in den an sich aufrechterhaltenen Landesgesetzen, welche in einer dem StGB. unbekannten Strafart eine härtere Strafandrohung enthielten, als nach § 5 für zukünftige Landesgesetze zulässig ist, nunmehr behufs Herbeiführung der Übereinstimmung mit dem StGB. härtere bzw. andere Strafen anzudrohen, als in § 5 erwähnt werden, falls sie nur nicht dem StGB. unbekannt sind (vgl. Rüd.-St. § 5 N. 5); so annähernd auch Frank N. 1, der jedoch eine Modifikation des § 6 annimmt; aM. Oppenh.-D. N. 4.

2) Der im § 8 liegenden Aufforderung zum Erlasse von Übergangsbestimmungen ist, mit Ausnahme von Preußen nebst Lauenburg und Waldeck, seitens aller Bundesstaaten entsprochen worden. Vgl. das vollständige Verzeichnis der btr. Gesetze bei Rüd. (2. Aufl.) S. 63 ff. und bei Kayser §§. 4 6 ff.

II.

Gesetz,

betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Vom 15. Mai 1871.

(RGBl. S. 127, in der zu Berlin den 14. Juni 1871 ausgegebenen Nr. 24.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen hiermit im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstages, was folgt:

Einziger Paragraph.

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 erhält unter der Bezeichnung als „Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" vom 1. Januar 1872 an die beiliegende Fassung.

III a.

Gesetz,

betreffend die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen.

Vom 30. August 1871.

(GBlfEL. S. 255—258, in der zu Berlin den 4. September 1871 ausgegebenen Nr. 14.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes, für Elsaß und Lothringen, was folgt:

Digitized by Google

Artikel I.

Das anliegende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich tritt in Elsaß-Lothringen mit dem 1. Oktober 1871 in Kraft.

Die Bestimmungen dieses Gesetzbuches, in welchen von Bundesstaaten oder deren Beziehungen die Rede ist, finden auch auf Elsaß-Lothringen und dessen entsprechende Beziehungen Anwendung.

Artikel II.

Mit dem 1. Oktober 1871 treten alle Strafbestimmungen, insoweit sie Materien betreffen, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften, über die durch das Strafgesetzbuch nicht berührten Materien, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizei-Gesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts, über den Holz- (Forst-) Diebstahl und über Schulversäumnisse.

1) Vgl. die Deklaration des Art. II durch G. v. 29. März 1888 unten unter III b.

Artikel III.

Wenn in Landesgesetzen auf strafrechtliche Vorschriften, welche durch das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich außer Kraft gesetzt sind, verwiesen wird, so treten die entsprechenden Vorschriften des letzteren an die Stelle der ersteren.

Artikel IV.

Die in den §§ 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323 und 324 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich mit lebenslänglichem Zuchthause bedrohten Verbrechen sind mit dem Tode zu bestrafen, wenn sie in einem Theile des Reichs, welcher in Kriegszustand erklärt ist, oder während eines gegen das Reich ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangen werden.

Artikel V.

Vom 1. Oktober 1871 ab darf nur auf die im Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich enthaltenen Strafarten erkannt werden.

Wenn in den Landesgesetzen Todesstrafe, travaux forcés, déportation oder réclusion angedroht sind, ist auf Zuchthaus, wenn détention angedroht ist, auf Festungshaft, wenn dégradation civique angedroht ist, auf Gefängniß mit oder ohne Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, wenn emprisonnement oder prison angedroht ist, auf Gefängniß, falls aber die angedrohte Strafe die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt, auf Haft zu erkennen.

Wenn in den Landesgesetzen anstatt der Gefängniß- oder Geldstrafe Forst- oder Gemeindearbeit angedroht oder nachgelassen ist, so behält es hierbei sein Bewenden.

Artikel VI.

Die Verjährung der Civilklagen aus strafbaren Handlungen tritt in den nämlichen Zeiträumen ein, welche für die Verjährung der Strafverfolgung von solchen Handlungen in dem Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich bestimmt sind.

Digitized by Google

Artikel VII (ersetzt bzw. aufgehoben durch EGzHGB. f. EL. vom 19. Juni 1872 § 7 und EGzKO. § 4_2).

Artikel VIII (aufgehoben durch EGzKO. § 4_2).

Artikel IX (beseitigt bzw. ersetzt durch PersonenstandsG. vom 6. Feb. 1875 § 69 i. d. Fassung gemäß EGzBGB. Art. 46 IV).

Artikel X (ersetzt durch PersonenstandsG. § 68).

Artikel XI.

Die in § 1 des Strafgesetzbuchs aufgestellte Eintheilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen, Uebertretungen greift auch Platz für diejenigen strafbaren Handlungen, auf welche andere Strafgesetze als das gegenwärtige Strafgesetzbuch anzuwenden sind. Ist die Strafe in diesen Gesetzen als eine willkürliche bezeichnet, so ist die Handlung eine Uebertretung.

Artikel XII.

(Abs. 1—3 ersetzt durch die Zuständigkeitsbestimmungen des GVG.)

Ob ein Verweis mündlich oder schriftlich zu ertheilen, bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen.

Artikel XIII (aufgehoben durch die StPO. bzw. § 6_1 des EGzStPO.).

Artikel XIV.

Hinsichtlich der Bestrafung der Schulversäumnisse bleibt es bei dem bestehenden Verfahren.

Artikel XV (aufgehoben, wie Art. XIII).

Artikel XVI (ersetzt durch G. vom 12. Juli 1873, GBlfEL. S. 163).

IIIb.

Gesetz

über die Auslegung des Artikels II des Gesetzes vom 30. August 1871, betreffend die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen.

Vom 29. März 1888.

(RGBl. S. 127, in der zu Berlin den 31. März 1888 ausgegebenen Nr. 16.)

Wir **Friedrich**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

Zur Beseitigung der Zweifel, welche über die Auslegung des Artikels II des Gesetzes vom 30. August 1871, betreffend die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen (Gesetzbl. S. 255), entstanden sind, wird hierdurch bestimmt:

Zu den besonderen Vorschriften, welche durch Artikel II Absatz 2 in Kraft erhalten sind, gehören:

Artikel 8 des Gesetzes, betreffend die Bestrafung und Verfolgung von Vergehen, welche durch die Presse oder auf anderem Wege öffentlich begangen worden sind, vom 25. März 1882 (Bulletin des lois série 7 No. 12 390), und

Artikel 6 Nr. 2 und 3 des Dekrets, betreffend die Bestrafung der durch die Presse verübten Verbrechen und Vergehen, vom 11. August 1848 (Bulletin des lois série 10 No. 621).

Digitized by Google

IV.

Gesetz,

betreffend die Ergänzung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Vom 10. Dezember 1871.

(RGBl. S. 442, in der zu Berlin den 14. Dezember 1871 ausgegebenen Nr. 49.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Einziger Artikel.

Hinter § 130 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich wird folgender neue § 130a eingestellt:

(Folgt die Fassung des § 130a.)

1) In Elsaß-Lothringen erlangte § 130a erst durch V. v. 15. Juni 1872 (GBlfEL. S. 531) Geltung.

V.

Gesetz,

betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben.

Vom 26. Februar 1876.

(RGBl. S. 25—38, in der zu Berlin den 6. März 1876 ausgegebenen Nr. 6.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Artikel I.

Die §§. 4, 55, 64, 70 Nr. 2 und 3, 88, 95, 102, 103, 104, 113, 114, 117, 130a, 135, 140, 144, 145, 176, 177, 178, 183, 194, 200, 208, 223, 228, 232, 240, 241, 247, 263, 275 Nr. 2, 292, 296, 303, 319, 321, 360 Nr. 3, 4, 7 und 12, 361 Nr. 6, 363, 366 Nr. 3, 8, 9 und 10, 367 Nr. 5, 8 und 10, 369 und 370 des Strafgesetzbuchs in der durch die Gesetze vom 15. Mai 1871 und 10. Dezember 1871 festgestellten Fassung werden durch nachstehende, den bisherigen Zifferzahlen entsprechende Bestimmungen ersetzt:

(Folgen die Paragraphen in der neuen Fassung.)

Entw. d. StGN. Art. I.

1) Über das G. btr. die Redaktion des StGB. für den NDB. als StGB. für das DR. v. 15. Mai 1871 vgl. oben „Zur Geschichte des DStGB." S. 3 f.

Digitized by Google

2) Durch das G. btr. die Ergänzung des StGB. für das DR. vom 10. Dez. 1871 (vgl. o. unter IV) wurde hinter § 130 StGB. der § 130a eingestellt.

3) Für die Auslegung derjenigen §§., welche nach Art. I an die Stelle früherer §§. treten, muß davon ausgegangen werden, daß sie ihrem ganzen Umfange nach der Ausfluß einer neuen gesetzgeberischen Tätigkeit sind. Es kommt deshalb lediglich auf den Sinn an, den der Gesetzgeber der StGN. mit ihnen verbunden hat, und zwar ihrem ganzen Inhalte nach, auch insoweit derselbe wörtlich mit der früheren Fassung übereinstimmen sollte. Vgl. z. B. § 183 N. 2; andererseits s. Art. IV N. 1.

Artikel II.

Hinter die §§. 49, 103, 223, 296, 353 und 366 des Strafgesetzbuchs werden die folgenden neuen §§. 49a, 103a, 223a, 296a, 353a und 366a, hinter die Nr. 8 des §. 361 wird die neue Nr. 9 eingestellt:

(Folgt die Fassung der Paragraphen.)

Entw. d. StGN. Art. II.

1) Formell fand die Einstellung neuer, mit a bezeichneter §§. bereits durch das G. v. 10. Dez. 1871 (s. o. Art. I N. 2) einen Vorgang.

Artikel III.

Bei den Handlungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen sind, wird das Erforderniß des Antrages auf Verfolgung, sowie die Zulässigkeit der Zurücknahme nach den bisherigen Gesetzen beurtheilt.

Entw. d. StGN. (fehlt). StB. 1875/76, II 877.

1) Dieser Art., welcher im Entw. der StGN. fehlte, wurde auf Antrag der RTkommission (Aktenstück Nr. 145 von 1875/76; vgl. oben „Zur Geschichte des DStGB." S. 5) nach Befürwortung seitens des Berichterstatters vom RT. ohne Diskussion angenommen. Angesichts der Streitfrage, welche an StGB. § 2_2 (das. N. 20) hinsichtlich des Strafantr. sich geknüpft hatte, wollte die Kommission mit Rücksicht darauf, daß gerade die Bestimmungen über das Antragsrecht durch die StGN. mannigfach abgeändert wurden, durch Aufnahme des Art. III positiv die Frage entscheiden, ob in bezug auf den Antrag die Bestimmung des neuen oder die des alten Rechtes Platz greife. Da nun tatsächlich das ältere Recht mehr Antragsdelikte kannte als das neue, auch die Zurücknahme in weiterem Umfange zuließ als dieses, so hat in dem Art. III offenbar der Gedanke Ausdruck gefunden, daß — entsprechend dem StGB. § 2_2 — das ältere Gesetz als das mildere gegenüber dem neueren zur Anwendung kommen müsse. Die formelle Anerkennung dieses Gedankens für das Verhältnis der StGN. zum StGB. selbst ist von weitergehender Bedeutung und für die Entscheidung der erwähnten Streitfrage nicht außer acht zu lassen.

2) Wg. der durch die StGN. herbeigeführten Abänderungen hinsichtlich des Erfordernisses und der Zurücknahme des Strafantr. vgl. Kommentar 5. Aufl. N. 2 u. 3 zu Art. III.

Artikel IV.

Wo in dem Strafgesetzbuche der Betrag einer Geldstrafe oder einer Buße in der Thalerwährung ausgedrückt ist, tritt der entsprechende Betrag in Reichswährung an die Stelle.

Entw. d. StGN. Art. III.

1) Nachdem durch V. btr. die Einführung der Reichswährung v. 22. Sept. 1875 diese im gesamten Reichsgebiete zum 1. Jan. 1876 in Kraft gesetzt worden, und deshalb nach Art. 14 § 4 des MünzG. v. 9. Juli 1873 von da ab „in allen zu einem Geldbetrag verurteilenden gerichtlichen Entscheidungen dieser Geldbetrag, wenn für denselben ein bestimmtes

Digitized by Google

Verhältnis zur Reichswährung gesetzlich feststeht, in Reichswährung auszudrücken" war, entsprach die formelle Anordnung des Art. IV dem bereits bestehenden materiellen Rechte. Die, hiernach bloß redaktionelle, Änderung berechtigt nicht dazu, den btr. §. anders auszulegen, als wie er von dem Gesetzgeber des StGB. selbst gemeint war; vgl. dagegen Art. I N. 3.

2) Tatsächlich veranlaßte, nach Beschlüssen des RT., die Bestimmung des Art. IV in manchen Fällen insofern auch eine materielle Abänderung der Strafandrohungen, als diese nach dem Markſystem abgerundet wurden (vgl. §§ 223_1, 303, wo früher Geldstrafe bis zu 300 Tl. angedroht war, statt deren der Entw. der StGR. 900 M. vorschlug, während der RT. 1000 M. beschloß).

Artikel V.

Der Reichskanzler wird ermächtigt, den Text des Strafgesetzbuchs, wie er sich aus den in den Artikeln I, II und IV festgestellten Änderungen der Fassung ergiebt, unter Weglassung der §§ 287 und 337 durch das Reichs-Gesetzblatt bekannt zu machen.

Entw. d. StGN. Art. IV.

1) StGB. § 287 war bereits durch § 14 des G. über Markenschutz v. 30. Nov. 1874 und § 337 durch § 67 des G. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung v. 6. Feb. 1875 aufgehoben worden.

2) Auf Grund des Art. V ist durch Bekanntmachung des RKanzlers v. 26. Feb. 1876 (RGBl. S. 39) der Text des StGB. „wie er sich aus den durch das bezeichnete Gesetz festgestellten Änderungen der Fassung ergibt" im RGBl. S. 40—120 bekannt gemacht worden. Nach Maßgabe dieser Bekanntmachung erfolgt u. unter XVII der Abdruck des StGB., jedoch unter Beachtung aller inzwischen eingetretenen und noch in Kraft stehenden Abänderungen.

VI.

(Auszugsweise.)

Gesetz,

betreffend die Einführung der Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

(RGBl. S. 390—394, in der zu Berlin den 5. März 1877 ausgegebenen Nr. 10.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§. 3.

Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Konkursordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

3. die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuchs.

1) Die an die Stelle getretenen Strafvorschriften der Konkursordnung, und zwar in ihrer jetzigen Fassung zuf. Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 612) — §§ 239 bis 244 — sind unten unter XVII im T. II Abschn. 24 des StGB. wiedergegeben.

Digitized by Google

VII a.

(Auszugsweise.)

Gesetz,

betreffend den Wucher.

Vom 24. Mai 1880.

(RGBl. S. 109—111, in der zu Berlin den 31. Mai 1880 ausgegebenen Nr. 10.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.
verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Artikel 1.

Hinter den § 302 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich werden die folgenden neuen §§. 302a, 302b, 302c, 302d eingestellt:

(Folgt die Fassung der Paragraphen.)

Artikel 2.

Der §. 360 Nr. 12 des Strafgesetzbuchs in der durch das Gesetz vom 26. Februar festgestellten Fassung wird durch nachstehende Bestimmung ersetzt:

(Folgt § 360[12] in der neuen Fassung.)

Artikel 3.

(Enthält zivilrechtliche Bestimmungen.)

VII b.

(Auszugsweise.)

Gesetz,

betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher.

Vom 19. Juni 1893.

(RGBl. S. 197—199, in der zu Berlin den 24. Juni 1893 ausgegebenen Nr. 24.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.
verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Artikel I.

In dem Strafgesetzbuch werden die §§. 302a und 302d folgendermaßen abgeändert, und werden hinter dem §. 302d folgender §. 302e und in dem §. 367 hinter Nr. 15 folgende Nr. 16 eingestellt:

(Folgt die Fassung der §§ 302a, 302d, 302e sowie der Nr. 16 des § 367.)

Artikel II.

(Enthält eine anderweite Fassung des Art. 8 des WucherG. sowie der Einstellung eines neuen Art. 4 in dieses Gesetz.)

Artikel III.

(Enthält eine veränderte Fassung des Abs. 3 S. 1 des § 35 GewerbeO.)

Digitized by Google

VIII.

(Auszugsweise.)

Verordnung,

betreffend die Einführung von Reichsgesetzen in Helgoland.

Vom 22. März 1891.

(RGBl. S. 21—24, in der zu Berlin den 25. März 1891 ausgegebenen Nr. 8.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen auf Grund der Bestimmung im §. 6 des Gesetzes, betreffend die Vereinigung von Helgoland mit dem Deutschen Reich, vom 15. Dezember 1890 (RGBl. S. 207) im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths, was folgt:

Artikel I.

Die nachstehenden Reichsgesetze nebst den zu ihrer Ergänzung, Abänderung und Ausführung erlassenen gesetzlichen und sonstigen Bestimmungen treten auf der Insel Helgoland in Kraft:

IX. Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 und das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der durch Bekanntmachung vom 26. Februar 1876 festgestellten Fassung;

1) Der hier allein in Betracht kommende Abs. 1 des § 6 des Ges. v. 15. Dez. 1890 bestimmt, daß für die nicht bereits mit dem Tage der Einverleibung Helgolands in den Preußischen Staat in Geltung tretenden Reichsgesetze, soweit sie vor diesem Tage erlassen waren, „der Zeitpunkt, mit welchem dieselben ganz oder theilweise in Kraft treten, durch Kaiserliche Verordnung unter Zustimmung des Bundesraths festgesetzt" wird.

Artikel III.

Diese Verordnung tritt am 1. April 1891 in Kraft.

IX.

Gesetz,

betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs.

Vom 13. Mai 1891.

(RGBl. S. 107—108, in der zu Berlin den 22. Mai 1891 ausgegebenen Nr. 15.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Artikel I.

Der §. 276 des StGB. erhält folgenden zweiten Absatz:

(Folgt die Fassung des § 276 Abs. 2.)

Artikel II.

Die §§. 317 und 318 des StGB. werden durch nachstehende, den bisherigen Zifferzahlen entsprechende Bestimmungen ersetzt:

(Folgen die §§ 317 u. 318 in der neuen Fassung.)

Digitized by Google

Artikel III.

Hinter §. 318 des StGB. wird folgender §. 318a eingeschaltet:

(Folgt die Fassung des § 318a.)

Artikel IV.

Die Nr. 4 des §. 360 des StGB. erhält folgende veränderte Fassung:

(Folgt der § 360[4] in der neuen Fassung.)

Artikel V.

Der §. 364 des StGB. erhält folgenden zweiten Absatz:

(Folgt die Fassung des § 364 Abs. 2.)

Artikel VI.

Hinter §. 367 Nr. 5 des StGB. wird folgende Nr. 5a eingeschaltet:

(Folgt die Fassung des § 367[5a].)

X.

Gesetz,

betreffend die Abänderung des § 69 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Vom 26. März 1893.

(RGBl. S. 133, in der zu Berlin den 29. März 1893 ausgegebenen Nr. 10.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Einziger Paragraph.

Der §. 69 des StGB. für das Deutsche Reich wird durch nachstehende Bestimmung ersetzt:

(Folgt § 69 in der neuen Fassung.)

XI.

(Auszugsweise.)

Gesetz

gegen den Verrath militärischer Geheimnisse.

Vom 3. Juli 1893.

(RGBl. S. 205—208, in der zu Berlin den 14. Juli 1893 ausgegebenen Nr. 27.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§. 11.

Die §§. 89, 90 des StGB. erhalten folgende Fassung:

(Folgen die §§ 89 u. 90 in der neuen Fassung.)

Digitized by Google

XII.

Gesetz,

betreffend die Änderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des Strafgesetzbuchs.

Vom 12. März 1894.

(RGBl. S. 259—261, in der zu Berlin den 20. März 1894 ausgegebenen Nr. 9.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Artikel 2.

In den §. 361 des StGB. wird hinter Nr. 1 folgende Nr. 10 eingestellt:

(Folgt die Fassung des § 361 [1].)

Ferner ist in dem letzten Absatz des §. 361 des StGB. (RGBl. 1876 S. 112) Zeile 2 von unten hinter „9" zu setzen: „und 10".

Artikel 3.

Dieses Gesetz tritt mit dem 1. April 1894 in Kraft.

XIII.

(Auszugsweise.)

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Vom 18. August 1896.

(RGBl. S. 604—650, in der zu Berlin den 24. August 1896 ausgegebenen Nr. 21.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

1) Die angeordneten Abänderungen des StGB. sind mit dem BGB. selbst seit dem 1. Januar 1900 in Geltung.

Artikel 34.

Das StGB. wird dahin geändert:

I. Im §. 34 Nr. 6 werden die Worte: „Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienraths" ersetzt durch die Worte:

(Folgen die Worte.)

II. An die Stelle des §. 55 treten folgende Vorschriften:

(Folgt die Fassung.)

III. An die Stelle des §. 65 treten folgende Vorschriften:

(Folgt die Fassung.)

IV. Als §. 145a wird folgende Vorschrift eingestellt:

(Folgt die Fassung.)

Digitized by Google

V. Im §. 171 Abs. 1 und Abs. 3 werden die Worte: „aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist“ ersetzt durch die Worte:

(Folgen die Worte.)

VI. An die Stelle des §. 195 tritt folgende Vorschrift:

(Folgt die Fassung.)

VII. Im §. 235 werden die Worte: „ihren Eltern oder ihrem Vormunde“ ersetzt durch die Worte:

(Folgen die Worte.)

VIII. Im §. 237 werden die Worte: „ihrer Eltern oder ihres Vormundes“ ersetzt durch die Worte:

(Folgen die Worte.)

IX. Im §. 238 werden die Worte: „für ungültig erklärt worden ist“ ersetzt durch die Worte:

(Folgen die Worte.)

XIV.

Gesetz,

betreffend die Abänderung des § 316 des Strafgesetzbuchs.

Vom 27. Dezember 1899.

(RGBl. S. 729, in der zu Berlin den 30. Dezember 1899 ausgegebenen Nr. 58.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstages, was folgt:

Einziger Artikel.

Im § 316 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs werden hinter den Worten „mit Gefängniß bis zu Einem Jahre“ die Worte eingeschaltet:

„oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark.“

XV.

Gesetz,

betreffend Änderungen und Ergänzungen des Strafgesetzbuchs.

Vom 25. Juni 1900.

(RGBl. S. 301, in der zu Berlin den 30. Juni 1900 ausgegebenen Nr. 28.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen usw.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstages, was folgt:

In dem Strafgesetzbuch werden die §§. 180, 181, 184 und 362 durch nachstehende, unter den gleichen Zahlen aufgeführte Bestimmungen ersetzt und die folgenden §§. 181a, 184a und 184b neu eingestellt:

(Folgt die Fassung der §§.)

Digitized by Google

XVI.

(Auszugsweise.)

Gesetz

über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Vom 12. Mai 1901.

(RGBl. S. 139, in der zu Berlin den 22. Mai 1901 ausgegebenen Nr. 18.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen usw.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 108.

(Abs. 1, 2 . . .)

Die Vorschrift der Nr. 9 des §. 360 des Strafgesetzbuchs ist, soweit sie sich auf Versicherungsunternehmungen im Sinne dieses Gesetzes bezieht, aufgehoben.

1) Gemäß § 125 Abs. 3 des G. ist Abs. 3 des § 108 zuf. Kais. V. vom 24. November 1901 (RGBl. S. 489) am 1. Januar 1902 in Kraft getreten.

Digitized by Google

XVII.

Strafgesetzbuch
für das
Deutsche Reich.

(RGBl. 1876 S. 40—120, 1877 S. 350, 1880 S. 109 f., 1888 S. 135, 1891 S. 107 f., 1893 S. 133, 197 f., 295 f., 1894 S. 259 f., 1896 S. 604 f., 1899 S. 729, 1900 S. 301 f., 1901 S. 169.)

Einleitende Bestimmungen.

1) Die §§ 1—12 sind als „Einleitende Bestimmungen" zusammengefaßt; es ergibt sich hieraus, daß der Gesetzgeber beim Erlaß dieser Bestimmungen wesentlich den auf sie folgenden Inhalt des StGB. im Auge gehabt hat. Daraus folgt zwar nicht, daß die getroffenen Bestimmungen lediglich im Zusammenhalt mit Vorschriften des StGB. selbst Geltung haben sollten — dies gilt vielmehr nur vom § 8, wo solches ausdrücklich gesagt ist —, aber es folgt doch das daraus, daß die Bestimmungen absolute Gültigkeit, d. h. allem älteren Strafrechte sowie dem künftigen Landesstrafr. gegenüber, nur insoweit beanspruchen, als dies aus ihnen selbst mit Sicherheit sich ergibt.

2) In bezug auf das Verhältnis der Einl. Best. zum übrigen Strafr. lassen sich innerhalb jener drei Gruppen unterscheiden, indem sich beziehen:

a. lediglich auf das StGB. selbst: § 8,

b. auf die Strafgesetze des DR.: §§ 3—6 u. 10,

c. auf Reichs- u. Landesstr.: §§ 1, 2, 7, 9, 11 u. 12, und zwar darunter mit absoluter Gültigkeit in dem R. 1 bezeichneten Sinne: §§ 7, 9, 11 u. 12.

§. 1.

Eine mit dem Tode, mit Zuchthaus, oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

Eine mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängniß oder mit Geldstrafe von mehr als einhundertfunfzig Mark bedrohte Handlung ist ein Vergehen.

Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark bedrohte Handlung ist eine Uebertretung.

PrStGB. § 1. Entw. I, II § 1. StB. S. 95, 1119.

1) Die sog. Dreiteilung der strafb. Hdlgen, die bereits einige der D. Landesstrafgesetzbücher in Nachahmung des code pénal kannten, wird in § 1 bestätigt. Nach den Motiven liegt dieser Einteilung, trotz des ihr gemachten Vorwurfes der Äußerlichkeit, die innere Natur der Tat selbst insofern zugrunde, als „die einzelnen strafb. Hdlgen je nach dem Maße ihrer Strafwürdigkeit in die einzelnen Abteilungen eingereiht" worden sind.

Ist hiernach auch die innere Natur der einzelnen strafb. Hdlg. berücksichtigt, so entbehrt doch das StGB. einer Einteilung der strafb. Hdlgen, die dem Wesen der Delikte im allg. entnommen wäre. Man ging nach dem Anh. I der Motive davon aus, daß die Abgrenzung des kriminellen vom bloß polizeilichen Unrecht nicht habe festgestellt werden können. Damit ist aber der Unterschied nicht aus der Welt geschafft und er wird mit der überwiegenden M. dahin festzustellen sein, daß das kriminelle Unrecht in der Verletzung o. Gefährdung bestimmter Rechtsgüter besteht, das polizeiliche dagegen schlechthin im Ungehorsam gegen Verbote o. Gebote. Ist man bei der Redaktion des StGB. von

Digitized by Google

diesem Unterschiede nicht ausgegangen, so ist auch begreiflich, daß keineswegs die im T. II Abschn. 29 behandelten Übertretungen mit den Polizeidelikten sich decken; immerhin aber behandelt der Abschn. 29 überwiegend Polizeidel., die übrigen Abschn. 1—28 dagegen fast ausschließlich Verletzungs- u. Gefährdungsdel., während auch Fälle dieser letzteren im Abschn. 29 und umgekehrt wiederum Fälle der ersteren in den anderen Abschn. des T. II sich finden (s. auch u. N. 13). Unverkennbar bilden übrigens die Gefährdungsdel. das Bindeglied zwischen den Verletzungs-, als den eigentlichen Kriminaldelikten, und den Polizeidelikten; denn die Verbote u. Gebote, um deren Übertretung es bei den letzteren sich handelt, bezwecken zunächst die Verhütung von Rechtsgütergefährdungen, im letzten Grunde aber die Verhütung von Rechtsgüterverletzungen; ohne die wirkliche Gefährdung eines Rechtsgutes als Tatbestandsmerkmal zu erfordern, präsumieren sie doch gleichsam den Eintritt der Gefährdung eines Rechtsgutes durch Begehung der verbotenen o. Unterlassung der gebotenen Hdlg. Ist das aber die Natur der Polizeidel., so bilden die Gefährdungsdel. den Übergang von ihnen zu den Verletzungsdel., der insbs. noch durch die sog. gemischten Gefährdungsdel. vermittelt wird, deren Tatbestand eine mit Verletzungsvorsatz herbeigeführte Gefährdung bildet (vgl. v. Rohland Gefahr, Abschn. I, II, insbs. S. 18, 36).

2) Der Entw. I stellte die Dreiteilung auf für die durch die „Bundes-Gesetze" mit Strafe bedrohten Hdlgen; davon wich bereits der Entw. II ohne weitere Begründung ab, indem er dem § 1 die jetzige Fassung gab. Man wird hieraus nicht mehr folgern dürfen, als daß der Gesetzgeber durch diese Abänderung die Anwendbarkeit der Vorschrift ohne weiteres auf landesgesetzl. Delikte — nach allg. Grundsätzen (vgl. EG. § 2 N. 2) — habe ermöglichen wollen; dagegen wird man nicht annehmen können, daß dieser allg. Vorschrift des StGB., abweichend von anderen (vgl. EG. § 2 N. 12 f.), eine absolute Bedeutung gegenüber dem Landesrechte in der Art zukomme, daß auch die Hdlgen, welche durch die gemäß EG. § 2_2 in Kraft bleibenden „besonderen Vorschriften" mit Strafe bedroht sind, nach Maßgabe ihrer Strafsanktionen nicht anders bezeichnet werden dürften, als wie § 1 anordnet. Daß dieses nicht beabsichtigt worden, zeigt die ausdrückliche Vorschrift in Art. XI EGfEL., wonach die in § 1 aufgestellte Einteilung auch für diej. strafb. Hdlgen Platz greifen soll, auf welche andere Strafges. als das StGB. anzuwenden seien. Eine derartige Vorschrift würde anderenfalls überflüssig gewesen sein. Dementsprechend hat RG. I 28. Juni 86 E. 14 247 die Rechtsbeständigkeit des BayrAusfhrgsG. z. RStGB. Art. 5, wonach gewissen durch ältere LandesGes. mit höheren als im § 1_2 StGB. bezeichneten Strafen bedrohten Hdlgen dennoch die Eigenschaft einer Übertr. vorbehalten wird, nicht in Zweifel gezogen, auch ausgesprochen, daß diese Übertretungseigenschaft für neuere Landesges. angenommen werden könne, falls das btr. SpezialG. solches ausdrücklich ausspreche.

3) Unter „mit Strafe bedrohten Handlungen" sind i. S. des § 1 sowohl die Verletzungen eines durch Strafsanktionen geschützten Verbotes als auch diejenigen eines solchen Gebotes zu verstehen. Das wollen im wesentlichen die Motive mit der Bemerkung zum Ausdruck bringen, daß „Handlung" in seiner allg., auch die Unterlassungen mit umfassenden Bedeutung gebraucht sei. Es erhellt dies aus folgendem:

a) Verbotsverletzungen liegen vor, wenn jemand die verbotene Hdlg. begeht; sie heißen deshalb Begehungs- o. Kommissivdelikte. Sie können aber unter Umständen auch durch Unterlassungen begangen werden; vgl. T. I Abschn. 3 N. 3.

b) Gebotsverletzungen liegen vor, wenn jemand die gebotene Hdlg. unterläßt; sie heißen deshalb Unterlassungs- o. Omissivdelikte und zwar, im Gegensatz zu den durch Unterlassung begangenen Kommissivdel. (a), echte o. „eigentl." Unterlassungsdel., weniger zutreffend „reine", weil die „reine Untätigkeit" als „ungewollte Unterlassung" ebenso außer Betracht zu bleiben hat (Binding Normen 2 450) wie eine unwillkürliche Bewegung. Diese Delikte — vgl. §§ 116 N. 6, 139 N. 5, 320 N. 3, 322 N. 2b, 360^{10}, $361^{4,9}$, 365 N. 5a, 267^{14} — können unter Umständen durch Handlungen begangen werden, dann nämlich, wenn der zur Vornahme der Hdlg. Verpflichtete durch positive Tätigkeit in eine Lage sich versetzt, welche ihm die Erfüllung des Gebots unmöglich macht.

Was das Verhältnis dieser beiden Arten der Verletzungen zu den beiden Arten

Digitized by Google

des Unrechts (N. 1) betrifft, so liegt es in der Natur der Sache, daß Gebotsverletzungen ausschließlich als Polizeidelikte sich qualifizieren können, denn sie bestehen lediglich in Ungehorsam gegen das Gebot, dagegen stellen Verbotsverletzungen sich dar sowohl in der Form der Verletzungs- u. Gefährdungsdel. als auch der Polizeidelikte.

4) Nach den Motiven beruhte die Beibehaltung dieser Einteilung wesentlich auf dem praktischen Vorteil einer einfacheren redaktionellen Behandlung, sowie auf der Rücksicht, daß sie möglicherweise bei der Regelung der Zuständigkeit im Strafverfahren in ähnlicher Weise nützliche Dienste würde leisten können; vgl. jedoch N. 14. Hieraus folgt, daß es um die Aufstellung objektiver Merkmale sich handelte, daß somit lediglich in der Person des Verbrechers beruhende, subjektive, Gründe, die für die Verhängung der Strafe maßgebend sind, zur Entscheidung der Frage, welcher Kategorie eine strafb. Hdlg. angehöre, unberücksichtigt bleiben müssen, da sonst die beabsichtigten praktischen Konsequenzen an jene Einteilung sich nicht würden knüpfen lassen. Den Einteilungsgrund bildet somit die Strafandrohung in thesi und nicht (wie im Code pénal) die in hypothesi verwirkte Strafe. Der allgemeine Charakter der begangenen strafb. Hdlg. entscheidet über deren Eigenschaft als V., V. o. Übertr., nicht die ihr durch die Person des Täters mitgeteilte Färbung; RG. I 22. Nov. 80 E. 3 52.

5) Falls eine Hdlg. nicht mit Einer, sondern mit mehreren Strafen bedroht ist, entscheiden für die Eigenschaft der Hdlg. die einzelnen angedrohten Strafen, derartig, daß die maßgebend ist, welche nach der Stufenfolge des § 1 die schwerste Qualifikation bedingt. Hier ist freilich zu beachten, daß eine einheitliche Strafe aus mehreren Faktoren sich zusammensetzen kann; so Eine Geldstr. aus einer allgemein angedrohten Geldsumme, z. B. von 6—150 M., und dem Betrage eines gewissen Grundwertes (N. 10), falls eben dieser auch als Strafe und nicht etwa nicht bloß als Privatgenugtuung (N. 6_3) erscheint; Berlin 7. März 74 O. 15 134.

Hiernach ist zunächst eine mit „Haft u. Geldstr. b. z. 150 M." bedrohte Hdlg. trotz der obligatorischen Häufung der Strafen dennoch nur eine Übertr. Andererseits aber ist eine Strafandrohung, wie z. B. PrFDG. § 6 sie enthält, wonach neben Geldstr. auf Gefängnisstr. b. z. 6 Monaten erkannt werden kann, stets, auch wenn die Geldstr. 150 M. nicht übersteigt, ein Vergehen, obgleich die Verhängung der Gefängnisstr. nur fakultativ ist; Berlin KG. 7. Apr. 81 Jahrb. 2 207, v. Oehlschl. u. Bernh. PrFDG. (5. Aufl.) § 6 N. 2.

Auch bei alternativen Strafandrohungen entscheidet dasselbe Prinzip, gleichgültig, an welcher Stelle die einzelnen Strafen angedroht sind; so ist eine mit „Haft o. Geldstr. b. z. 300 M." bedrohte Hdlg. ein Verg., trotzdem an erster Stelle Haft angedroht ist; so die GM.

Jener Grundsatz greift endlich auch da Platz, wo einer Geldstr. ersatzweise eine Freiheitsstr. bestimmt ist. So ist die Zuwiderhdlg. gg. GewerbeO. § 147 ein Verg., trotzdem an Stelle der „Geldstr. b. z. 300 M." ersatzweise nur Haft tritt (vgl. auch § 28_2); so die GM., insbs. Berlin 6. Mai 74, 13. Nov. 78, O. 15 283, 19 529. Umgekehrt aber ist eine Hdlg. auch dann ein Verg., wenn an Stelle einer 150 M. nicht übersteigenden Geldstr. Gefängnis zu treten hat; denn auch dann steht die Hdlg., obschon nur bedingt, unter der Androhung der Gefängnisstr.; aM.: Binding Hb. 1 514 N. 15, Oppenh.-O. N. 5; eine Mittelmeinung (nicht eine der obigen gleiche) vertritt Lucas S. 20.

6) Andere Strafandrohgen, wie die im § 1 erwähnten, kommen nur dann in Betracht, falls sie isoliert vorkommen, wie z. B. die Strafe der „Einziehung des gefundenen Holzes" nach PrFDG. § 17; die hier bedrohte Tat kann nur als Übertr. angesehen werden. Dagegen sind die Nebenstrafen i. S. des StGB. (E. I Abschn. 1 N. 3 b) für die Eigenschaft einer strafb. Hdlg. bedeutungslos; so die GM., insbs. Berlin OEr. 30. April, OAG. 20. Sept. 73, O. 14 315, St. 3 51.

Polizeil. Maßnahmen, bsgl. Privatgenugtuungen (E. I Abschn. 1 N. 4, 5) bleiben außer Betracht.

7) Nach den Motiven ist „als Kriterium nur diejenige Strafart und dasjenige Strafmaß angenommen, mit welchem die einzelnen Hdlgen in ihrem schwersten Falle bestraft werden".

Digitized by Google

a) Hiernach sind notwendig die sog. mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 ff.) für die Qualifizierung einflußlos; so die GM., insbs. RG. I 22. Nov. 80 E. 3 52, IV 28. Sept. 86 N. 8 571. Deshalb auch die materiell nur einen mild. Umst. darstellende „Reizung" beim Totschlage (§ 213) sowie aus gleichem Grunde die strafvermind. Umst. der §§ 157, 158 beim Meineide; aM.: H. Meyer S. 32. Hier liegen nur Erweiterungen des Strafrahmens vor, bei welchen die schwerste der im § 1 bezeichneten Strafarten bzw. der Höchstbetrag der Festungsh. oder Geldstr. maßgebend ist.

b) Anders, wenn es um eine selbständige, privilegierte o. qualifizierte, Unterart des Deliktes sich handelt, wie z. B. ersteres in den §§ 216 (das. N. 1), 313_2 (das. N. 2), letzteres beim Rückfall (so btr. dieses die GM.).

8 a) Der Versuch (§ 43) sowie die Anstiftung u. Beihilfe (§§ 48, 49) sind dagegen Deliktsformen, die von der vollendeten Tat bzw. von der Täterschaft objektiv verschieden sind. Deshalb sind prinzipiell die gg. jene Deliktsformen gerichteten Strafandrohgen für die Qualifikation des Versuchs bzw. der Teilnahmehdlg. entscheidend, nicht aber die Strafandrohgen gg. die vollendete Tat bzw. die Täterschaft; so: Frank N. I 4, Oppenh.-D. N. 7, Rubo N. 6; anders die GM., während Binding Hb. I 516 die Ansicht vertritt, daß der Versuch (u. ebenso die Teilnahme an fremden strafb. Hdlgen) nie V., V. o. Übertr., sondern eben Versuch eines V. ꝛc. sei. Tatsächlich besteht freilich, soweit das StGB. in Betracht kommt, kein Unterschied; denn die Anstiftung wird mit derselben Strafe wie die Täterschaft bedroht, und die beim Versuch bzw. bei der Beihilfe eintretenden Milderungen sind den positiven Strafsatzungen des StGB. gegenüber solche, daß sie stets in gleicher Weise wie die vollendete bzw. die Haupt-Tat als V. o. V. sich qualifizieren (§§ 44 N. 12, 49_3). Außerhalb des StGB. kann jedoch, insbs. bei Strafandrohgen der N. 10 bezeichneten Art, eine Verschiedenartigkeit der Qualifikation als Folge sich ergeben; Frank aO.

b) Dagegen sind die im § 57 wg. jugendl. Alters des Täters allg. vorgeschriebenen Strafmilderungen durchaus subjektiver Natur, welche die Hdlg. selbst unberührt lassen und deshalb einen Einfluß auf die Qualifikation nicht haben (N. 4); so die GM., insbs.: die beiden N. 7 a zitt. RG., München 17. Febr. 72 St. I 246.

9) Nach dem N. 4 Bemerkten setzt die Einteilung des § 1 offenbar allgemeine, nicht an den konkreten Verbrechensfall sich anlehnende, Strafandrohgen voraus. Dem entsprechen die Strafandrohgen des StGB. selbst fast durchweg, so daß die Bestimmung der einzelnen strafb. Hdlgen als V., V. o. Übertr. kaum einem Zweifel begegnet; vgl. jedoch § 208.

Dagegen enthält § 145 a eine an den konkreten Fall sich anlehnende Strafandrohung, jedoch unter Festsetzung eines Mindestbetrages von 300 M., der den Charakter als Verg. außer Frage stellt. Es enthalten ferner die §§ 111_2 u. 257_1 neben einer prinzipalen allgemeinen Strafandrohung zugleich noch eine eventuelle, an den konkreten Fall sich anlehnende, so daß der Charakter der strafb. Hdlg. nur nach dem Einzelfalle bestimmt werden kann; so Oppenh.-D. N. 13; aM.: Binding Hb. I 515 N. 18, diese Tatbstde seien stets als Verg. zu behandeln.

Eigentümlich sind auch die Bestimmungen in den §§ 111_1 u. 257_2, wonach Bestrafung des Täters „gleich dem Anstifter" bzw. Bestrafung der Tat „als Beihilfe" erfolgen soll; die Deliktsart i. S. des § 1 bestimmt sich hier wie für die Schuldformen der Anstiftung bzw. Beihilfe (N. 8 a).

Übrigens braucht das StGB. das Wort „Verbrechen" im § 207, ferner „Übertreten" im § 145 u. im § 232 nicht im techn. S. des § 1, sondern in einem allgemeinen Sinne.

10) In den durch EG. § 2_2 in Kraft erhaltenen besonderen Vorschriften des Strafrechts sind dagegen vielfach Strafandrohungen enthalten, die vollständig an den konkreten Fall sich anlehnen.

Ausnahmsweise geschieht solches unter Gewährung eines Spielraumes (vgl. SeemannsO. §§ 95, 96 „Geldstr. bis zum Betrage einer Monatsheuer"), meist aber in absolut bestimmter Weise, indem die Strafe bald das Vielfache, bald einen Teilbetrag eines ge-

Digitized by Google

wissen „Grundwertes" (Binding Grundr. § 97 III) beträgt, so den mehrfachen Betrag der hinterzogenen Abgabe bzw. Steuer (z. B. BZG. § 135, TabaksteuerG. v. 26. Mai 1868 § 10[2]) bzw. des Wertes des Entwendeten (z. B. PrFDG. § 2) oder den aliquoten Teil einer unrechtmäßig in Anspruch genommenen Vergütung (ZuckersteuerG. v. 26. Juni 1869 § 4_3); vgl. auch § 6_1 des G. btr. Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871, der eine ähnliche Strafandrohung enthält, wie jetzt § 145a (o. N. 9_3).

In allen diesen Fällen bestimmt sich die Qualität der Hdlg. allerdings nach dem Einzelfalle, aber nur weil dieser gesetzlich die Grundlage für die Strafandrohg. selbst bildet; so die GM., insbs.: RG. I 26. Sept. 81 E. 5 23, III 3. Dez. 88 R. 10 710, Berlin 12. Feb., 30. Apr. 73, 6. Dez. 76, St. 2 215, O. 14 315, 17 793, München ObersteslG. 15. Juni 00 E. 1 98; aM. Binding Hb. 1 516 u. Grundr. § 97 III, weil § 1 eine Unterschdg. von Verbrechensarten, nicht Verbrechensfällen statuiere, weshalb man es stets mit einer Vergehensstr. zu tun habe, da das mögliche Maximum 150 M. übersteige; gg. Binding insbs. Jacobi ZStrW. 22 166 ff.; ebenso aber im Resultat: Finger 1 126, O. Meyer Dreitlg. d. strafb. Hdlgen (Diss.; Berlin 1891) S. 43 und Frank N. I 3, der § 27 N. II konsequent den zulässigen Mindestbetrag auf 3 M. annimmt.

11) Die einzelne Hdlg. ist als Verbr. ꝛc. zu qualifizieren; deshalb ist eine Realkonk. (§ 74) mehrerer strafb. Hdlgen auf die Qualifikation derselben einflußlos.

Dadurch, daß eine Strafandrohg. ausdrücklich nach der Zahl der Objekte der strafb. Hdlg. sich richtet, ist noch nicht gesetzlich ausgesprochen, daß eine Realk. vorliege; es wird dieses zwar regelmäßig der Fall sein, jedoch nur sofern das btr. Strafgesetz nicht eine andere Auffassung begründet; Löwe-H. StPO. § 1 N. 5; vgl. übrigens Jacobi ZStrW. 22 174.

12) Da die Dreiteilung von allg. Bedeutung ist (N. 2), so ist — mangels ausdrücklicher Bestimmung des SpezialG. (so auch RG. I 4. Jan. 94 E. 25 54, insbs. btr. GroßherzoglHess. Forststrafrecht) — für diejenigen in Kraft gebliebenen „besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts", deren Strafandrohgen nicht gemäß EG. § 8 mit denjenigen des StGB. in Übereinstimmung gesetzt sind, nicht nach dem Namen, sondern nach dem Wesen der angedrohten Strafe (EG. § 6 N. 3_2) zu untersuchen, unter welche Deliktsart die btr. strafb. Hdlg. falle. So folgt bei der Androhung einer Strafe bis zu „sechs Wochen Gefängnis" an sich weder aus dem Namen, daß das Delikt als Verg., noch aus der Höhe, daß es als Übertr. anzusehen sei; Jena 4. Dez. 73 St. 3 147. Dagegen ist allerdings eine durch ältere Preuß. Ges. derartig bedrohte Hdlg. kraft positiver Bestimmung als Übertr. anzusehen; vgl. EG. § 6 N. 3_2 aE.

13) Das StGB. hat zunächst in seiner Anordnung die Dreiteilung insofern berücksichtigt, als es sämtliche Übertretungen (bis auf nicht in Betracht kommende Ausnahmen; N. $9_{2,3}$) im Abschn. 29 des T. II behandelt hat; trotzdem hat es dadurch, wie im Anh. I der Motive „die Aufnahme der Übertretungen und deren Behandlung im Entwurf" (S. 87) hervorgehoben wird, nicht einen Unterschied im Wesen der strafb. Hdlgen herstellen, namentl. nicht die V. u. V. in einen prinzipiellen Gegensatz zu den Übertr. bringen wollen; dem entspricht auch, daß die Bestimmungen des StGB. T. I (s. u. Übersch. bess. N. 1) im Gegensatz zum PrStGB. auf die Übertr. ebenso wie auf die V. u. V. sich beziehen; vgl. jedoch N. 1.

Im einzelnen ist vielfach an die Dreiteilung angeknüpft, und eine verschiedene Behandlung ist eingetreten:

a. bei allen drei Deliktsarten im § 67 (Verjährungsfristen bei der Strafverfolgung);

b. zwischen V. u. V. einerseits und Übertr. andererseits in den §§ 4, 6 (Verfolgung im Ausl. begangener Delikte), 27 ff. (Mindestbetrag der Geldstrafe, Umwandlung der Geldstr. in Freiheitsstr.), 37 (nochmaliges Verfahren bei Bestrafung im Ausl.), 40 (Einziehung), 43 ff. (Versuch), 49 (Beihilfe), 74, 79 (Gesamtstrafe);

c. zwischen Verbr. einerseits und Verg. u. Übertr. andererseits im § 57^4 (Verweis);

d. zwischen Verbr. einerseits und Verg. andererseits im § 43 (Versuch).

Außerdem setzt der Tatbestand spezieller Delikte voraus den Begriff:

Digitized by Google

α. eines Verbr. in den §§ 49a, 126, 139, 151, 241;

β. eines Verbr. o. Verg. in den §§ 157[1], 240, 257.

14) Bei der Regelung der Zuständigkeit im Strafverfahren sind die Absichten der Motive (N. 4) nur insofern verwirklicht, als alle Übertr. von den Amtsgerichten mit oder ohne Zuziehung von Schöffen (GVG. § 27[1], EGzStPO. § 3[3]), und ferner von SchwurG. und vom RG. als Gericht erster und letzter Instanz nur Verbr. (nicht auch Verg. und Übertr.), dagegen solche nicht vom AmtsG. abgeurteilt werden (GVG. §§ 80, 136[1]). Im übrigen urteilen letztere Verg. neben den Übertr., und die Strafk. Verbr. und Verg. ab. Auch sonst lehnen nur wenige Bestimmungen der Strafprozeßgesetzgbg. an die Dreiteilung sich an (vgl. StPO. §§ 140, 211, 244[2] und EGzStPO. § 6 Abs. 2[3]).

§. 2.

Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.

PrStGB. § 3. Entw. I, II § 2. StB. S. 152.

Aburteilung 12b.
Analogie 4.
Antragserfordernis 20.
Begehung d. Hdlg. 8.
Belegung mit Strafe 9.
Berufungsrichter, Anwendung d. Abs. 2: 12b.
Bestimmung, gesetzl. ... d. Strafe 4—7.
Buße 21.
desuetudo 5.
Erfolg, nicht z. Hdlg. gehörig 1.
Feststellung 1, 21.
Gesetz, mildestes, 10—24,
insbs. Begriff 17, Ermittelung 18—24.
Gesetz, gleich mildes 11;
s. auch Strafgesetz.
Gesetzlich 6.
Gewohnheitsrecht 4, 5.
Handlung, Begriff 1.
Hauptstrafen 23.
Herrschaft, zeitl. ... d. Strafges. 2.
Landesgesetze, Abweichung, 1.
Nachteile, nicht-strafr., 21.
nullum crimen sine lege 3.
Revisionsrichter, Anwendung d. Abs. 2: 12b.
Rückwirkung, Verbot 3;
Ausnahme, 10.
Strafe, rechtskräftige, 13;
verwirkte, 21.
Strafe, willkürliche, 7.
Strafgesetz, Aufhebung, 16.
Gleichheit, 11.
Suspension, 16.
temporäres, 16.
Verschiedenheit, 14.
Wechsel, 10.
s. auch Gesetz.
Untersuchungsh., Anrechng. 24.
Verjährung d. Strafverfolgg. 19;
der Strafvollstreckg. 15.
Zeit der Tat 1.
Zweifel dtr. d. Milde d. G. 11.
Zwischengesetz, milderes, 10.

1) Abgesehen von § 1 beschäftigen die übrigen §§. der Einl. Best. sich sämtlich mit den Grenzen, innerhalb welcher die Strafges. zur Anwendung kommen sollen; so auch RG. III 5. März 81 E. 4 14, welches jedoch inkorrekt nur von den der Anwendung des „Gesetzbuches" gezogenen Grenzen spricht, während die Vorschriften der §§ 2—7 u. 9—12 eine weiter greifende Bedeutung beanspruchen (vgl. N. 2 z. Ueberschr. d. Einl. Best.). Auf „Handlungen", die innerhalb dieser Grenzen liegen, finden die dtr. Strafges. Anwendung, dagegen nicht auf die außerhalb ihrer liegenden. In Rücksicht insbs. auf die zeitlichen und örtlichen Grenzen der Herrschaft der Strafges. ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, die Zeit und den Ort der Begangenschaft wenigstens insoweit festzustellen, daß die Regeln über die Herrschaft der Strafges. zur Anwendung gebracht werden können; andere Vorschriften, z. B. die über die Verjährung der Strafverfolgung, werden möglicherweise noch eine nähere Feststellung erheischen. Lassen die tatsächlichen Feststellungen nicht mit hinreichender Genauigkeit sich treffen, derartig, daß Zweifel bleiben, welche Strafges. die Hdlg. beherrschen, so gilt die Regel in dubio mitius; so Schütze S. 50 insbs. dtr. des „mildesten Gesetzes" (§ 2). Was übrigens den Charakter dieser tatsächl. Feststellgen betrifft, so beziehen sie sich auf die Hdlg. selbst und sind für die Schuldfrage von Bedeutung, gebühren deshalb auch dem Richter der Schuldfrage.

Wenn auch das StGB. in den §§ 2 ff., wie eben angedeutet, die Grenzen der Herrschaft der Strafges. mit Bezug auf die — strafbaren — „Handlungen" zieht, so ist doch immer der Täter der dtr. Handlung derjenige, den die Strafges. treffen sollen, und es handelt sich deshalb im Grunde für alle in den §§ 2 ff. gegebenen Vorschriften um die Bestimmung, wann die Täter gewisser strafb. Hdlgen den fraglichen Strafges. unterworfen seien.

Digitized by Google

Deshalb kann der Begriff der „Begangenschaft" der strafb. Hdlgen i. S. dieser §§. nur verstanden werden von der den einzelnen Verbrechenstatbestand erfüllenden Tätigkeit, nicht aber von der Erfüllung des gesamten Tatbestandes einschließlich des etwa zu demselben gehörenden Erfolges. So die GM. AM. jedoch einerseits Binding Hb. I 246, 415 ff., der die Hdlg. auch i. S. der §§ 2 ff. bis zu ihrem jurist. Abschlusse als ein Ganzes behandelt, andererseits Beling S. 41, der nach seiner Aufenthaltstheorie nur die Zeit der „Handlung" berücksichtigt.

Für die richtige Begrenzung des Umfangs der Tätigkeit und somit auch für den Begriff der Begangenschaft einer strafb. Hdlg. ist von Bedeutung, daß nach dem Tatbestande der meisten strafb. Hdlgen die ausgeübte Willenstätigkeit eine gewisse Wirkung bzw. im Gegensatze zu dem davon verschiedenen Erfolge eine Zwischenwirkung haben kann. Willensbetätigung und Wirkung fallen, genau genommen, stets zeitlich und räumlich auseinander. In erheblicherem und deshalb praktisch bedeutsamerem Maße geschieht solches dann, wenn der Täter zur Ausführung der strafb. Hdlg. der Mitwirkung fremder Kräfte, sei es derjenigen von Naturkräften (Instrumente), sei es von Menschen (Gehilfen, Boten) sich bedient. Nach allg. jurist. Grundsätzen muß die so vermittelte Tätigkeit dem Täter als Subjekt der strafb. Hdlg. zugerechnet werden, so daß die „Tätigkeit" auch die mittelbar hervorgerufene Wirkung umfaßt; RG. II, III 19. Mai 84 E. 10 420.

Zu § 2 N. 2—24.

2) Von der Herrschaft der Strafges. in zeitlicher Beziehung handelt § 2, und zwar speziell Abs. 1 davon, wann ein StrafG. auf eine zu seinem Inkrafttreten in einem bestimmten zeitlichen Verhältnis stehende Hdlg. Anwendung findet, Abs. 2 aber davon, welches unter mehreren aufeinanderfolgenden Gesetzen das beherrschende ist.

Während nun aber die §§ 3 ff. ausdrücklich eine Beschränkung auf die „Strafges. des DR." enthalten (§ 3 N. 17), ist eine solche im § 2 nicht gegeben; ihm kommt deshalb eine weiter greifende Bedeutung zu; er bezieht sich auf alle im DR. geltenden Strafges., d. h. sowohl auf die Reichs- wie die Landesstrafgesetze; aM. btr. der letzteren Seyferth BöhmsZ. 10 188.

Stellt hiernach § 2 zwar Grundsätze auf, die seiner Fassung nach an sich auch bei Landesges. Platz greifen, so ist doch die Landesgesetzgbg. dadurch nicht behindert, für die ihr vorbehaltenen Gebiete (EG. § 2_2) abweichende Normen zu treffen; es gilt hier lediglich das EG. § 2 N. 12 f. Bemerkte. So in konstanter Praxis Berlin (vgl. z. B. 5. Juni 77, 4. Apr. 78, O. 18 504, 19 195) gegenüber der Vorschrift des § 33 des HausierstG. v. 3. Juli 1876, wonach „auf frühere Fälle" die bisherigen Vorschriften Anwendung finden sollten, was namentl. auch davon verstanden wurde, daß statt der durch § 17 des G. angedrohten Geldstr. des Doppelten noch die durch § 39b des GewerbestG. v. 30. Mai 1820 angedrohte Strafe des Vierfachen zu verhängen sei. AM.: Binding Hb. I 205, Finger I 140 N. 159, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 3.

Zu § 2 Absatz 1. N. 3—9.

3) Der Abs. 1 stellt vor allem den Grundsatz auf, daß Strafges. keine rückwirkende Kraft haben sollen; denn man erhält, nach Heinze RStrafr. S. 58, einen wörtlichen Ausdruck dieser Rechtsregel, sobald man die positive Fassung des Gesetzes in die negative Form übersetzt; so ferner: Berner S. 250, Hälschner I 124, v. Liszt S. 95, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 4, Binding Normen I 171 N. 3 11; aM. H. Meyer S. 110, v. Bar G. 19 75, es werde im § 2 kein Prinzip als das maßgebende erklärt.

Im weiteren enthält Abs. 1 aber auch noch die Anerkennung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege; Berner S. 250 N. 2, Binding Hb. I 205.

4) Das Erfordernis einer „gesetzlichen Bestimmung der Strafe" bringt zunächst das geschriebene Recht in einen Gegensatz zum ungeschriebenen o. Gewohnheitsr. Die positive Wirkung des Gewohnheitsrechtes ist durch Abs. 1 im Gebiete des Strafrechts ausdrücklich ausgeschlossen; so die GM.; aM.: Hälschner I 85, Schütze S. 9; vgl. auch Oppenheim Ärztl. R. zu Eingriffen S. 17 ff., der dem Gewohnheitsrechte eine ähnliche beschränkte Wirkung zuschreibt, wie sie im folgenden der Analogie zugesprochen wird.

Digitized by Google

Ebensowenig darf im Wege der Analogie eine Strafbestimmung für eine Handlung abgeleitet werden; so die GM., insbs. RG. II 28. Dez. 80 E. 3 150. Damit ist aber der Analogie keineswegs der Boden im Strafr. überhaupt entzogen, vielmehr sind Gesetzeslücken anderer Art auch hier durch analoge Anwendung auszufüllen (§§ 7 N. 8, 65 N. 16, 73 N. 16), wenn auch die Analogie nie über das Recht hinaus zur Ausfüllung von Lücken des Rechts führen darf. So: Binding Hb. I 214 ff., Grundr. S. 66 u. Lb. I 21, Finger I 183 N. 243, v. Lilienthal S. 12, v. Liszt S. 89, Merkel HH. 4 83, H. Meyer S. 108, Frank N. I 2, Oppenh.-D. N. 3, Ziebarth Forstr. S. 330. AM. Rubo N. 6.

5) Eine Strafe ist aber dann nicht mehr „gesetzlich bestimmt", wenn das Gesetz, auf dem sie beruhte, aufgehoben ist. Da nun die negative Funktion des Gewohnheitsr., bestehendes Recht außer Kraft zu setzen, durch Abs. 1 nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, so wird man sie — angesichts der an sich auch auf dem Gebiet des Strafr. nicht wegzuleugnenden Existenzberechtigung des Gewohnheitsr. — anerkennen und zugeben müssen, daß die sog. desuetudo gesetzliche Strafbestimmungen zu beseitigen imstande sei. So namentl. Hälschner I 85 und prinzipiell auch H. Meyer S. 104, denen aber zuzugeben, daß im geordneten Staatswesen des DR. die Aufhebung strafrechtl. Bestimmungen durch Gewohnheitsr. praktisch kaum denkbar ist; ähnlich Frank N. I 1, auch Finger I 110 f. mit der Konsequenz der Möglichkeit der Abschaffung des § 2 durch desuetudo u. der dadurch gegebenen Möglichkeit der Entstehung positiven Gewohnheitsrechts; nach Binding Hb. I 210 soll zwar das StGB. der gewohnheitsrechtl. Bildung wie der Beseitigung von Strafvorschriften gleich feindlich gegenüberstehen, weil kein Gesetz bei seiner Entstehung damit einverstanden sein könne, daß ihre widersprechende Übung es schließlich verdränge; allein auch er kommt schließlich zu demselben Resultat. AM.: v. Holtzendorff HH. I 8, v. Lilienthal S. 10, v. Liszt S. 89, Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 250, auch wohl Birkmeyer Enzykl. S. 1104, während nach Berner S. 254 desuetudo nur bei rein fakultativen Strafbestimmungen, „als Tatsache, ohne rechtsverbindliche Kraft" denkbar sein soll. Darüber, daß das Strafr. durch eine auf anderen — auch publizistischen — Rechtsgebieten sich geltend machende desuetudo gleichfalls beeinflußt werden kann, vgl. Berlin 8. Dez. 75 O. 16 780.

6) „Gesetzlich bestimmt" ist, nach N. 4, eine Strafe, sobald sie dem geschriebenen Rechte angehört. Sie muß deshalb in einer dem Reichsrechte oder dem Staatsrechte eines Bundesstaats, hier allerdings unter Beachtung der Bestimmungen des EG., entsprechenden Weise angedroht sein; im übrigen aber ist es gleichgültig, ob die Androhung durch ein Gesetz i. e. S. bzw. eine Verordnung oder durch einen auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erfolgten Erlaß einer Behörde ausgesprochen wurde; so die GM.

Übrigens ist eine Strafe zweifellos erst dann gesetzl. bestimmt, wenn das sie androhende Ges. im eben erläuterten S. in Kraft getreten ist; Berner S. 250, Oppenh.-D. N. 2.

7) „Gesetzlich bestimmt" ist eine Strafe alsdann nicht, wenn sie eine sog. „willkürliche", d. h. absolut unbestimmte (Binding Hb. I 178, 208 u. Grundr. S. 62, Geyer I 89) ist; indem die Zumessung der Strafe für jeden einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen überlassen wird, ist sie gerade das Gegenteil von „bestimmt". Auf die Androhung einer „willkürlichen Strafe" kann daher nach Abs. 1 eine Strafe nicht mehr verhängt werden; es ist Aufgabe der Landesgesetzgbg., in Gemäßheit des EG. § 8 die Übereinstimmung einer solchen in älteren Gesetzen sich vorfindenden Strafandrohg. mit dem StGB. herbeizuführen (vgl. EGStGB. Art. XI sowie Art. VIII des EGzPrStGB. v. 14. Apr. 1851, wonach die Hdlg. bei Androhung einer „willkürlichen" Strafe als Übertrtg. anzusehen ist, weshalb Berlin KG. 28. Sept. 93, 19. März 94, Jahrb. 15 317, 315 mit Recht die fortdauernde Geltung der durch PrALR. II 12 § 48 gg. die Eltern schulpflichtiger Kinder angedrohten „Bestrafung" annimmt). Anderenfalls gilt das zu EG. § 6 N. 3_1 Bemerkte entsprechend.

8) „Bevor die Handlung begangen wurde," muß die Strafe gesetzlich bestimmt sein. An sich dauert die Zeit der „Begangenschaft" einer Handlung, mit Rücksicht auf das N. 1_3 Ausgeführte, vom Beginn der ersten bis zum Abschluß der letzten die Vollendung der Hdlg. bezweckenden Tätigkeit. Allein es fragt sich, welche der verschiedenen

Digitized by Google

Tätigkeiten, aus denen eine „Handlung" sich zusammensetzen kann, i. S. der Vorschrift des § 2_1 die maßgebende sei.

Es ist auf den Abschluß der letzten der Tätigkeiten das Gewicht zu legen; denn im Falle eines vor diesem Zeitpunkte in Kraft tretenden Strafges. ist die Strafe gesetzlich bestimmt, noch bevor die Hdlg. „begangen" wurde; bis dahin ist mit der Begehung nur der Anfang gemacht; erst mit dem Abschluß der letzten Tätigkeit ist die Begehung vollendet (N. 12a); so Oppenh.-D. N. 22; aM. H. Meyer S. 143, insofern er jede Ausführungshdlg. für gleich maßgebend erachtet.

War aber die Hdlg. in dem hier angenommenen S. begangen, und wurde dann erst eine Strafe gesetzlich bestimmt, so kann sie mit dieser nicht belegt werden, wenn auch die Bestimmung der Strafe noch vor dem Eintritt des zum Tatbestande gehörigen Erfolges stattfand. So Oppenh.-D. aO. AM.: Binding Hb. I 246 f., in Konsequenz seiner Auffassung des Handlungsbegriffes (N. 1_2), Rüd.-St. N. 8.

In bezug auf einzelne Kategorien strafb. Hdlgen ist folgendes hervorzuheben:

a) Wenn durch ein Gesetz ein bisher straftloses sog. Dauerdelikt (§ 73 N. 5c) unter Strafe gestellt wird, tritt Strafbarkeit schon dann ein, wenn unter der Herrschaft des neuen Gesetzes die bereits vorher begonnene, aber erst nunmehr strafbar gewordene Hdlg. oder Unterlassung sich fortsetzte; Frank N. III.

b) Das gleiche gilt für die sog. Kollektivdelikte (§ 73 N. 5d), insbs. auch für das gewohnheitsm. Delikt; hier tritt Strafbarkeit ein, wenn auch nur eine nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes vorgenommene Hdlg. den Charakter der Gewohnheitsmäßgkt. an sich trug; so, abgesehen von H. Meyer, v. Schwarze N. 3; aM. RG. II 24. Jan. 82 E. 5 369 (btr. § 302b), das Gewohnheitsdel. setze aus einer Mehrzahl strafb. Hdlgen sich zusammen, weshalb die vor Gesetzeskraft begangenen Hdlgen unberücksichtigt bleiben müßten, weil sie anderenfalls nicht nur (wie bei dem gewerbsm. Delikt) als Beweisgründe für die Gewohnheitsmäßgkt., sondern, obwohl zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe nicht bedroht, entgegen dem § 2_1 als Elemente der Schuld und Strafe verwendet würden; ebenso Frank N. III; ferner, jedoch auch für den gewerbsm. Wucher, Binding Hb. I 249 u. Rüd.-St. N. 8. Das Unrichtige dieser Ansicht liegt darin, daß nicht das Gewohnheitsdel., sondern nur die Gewohnheitsmäßgkt. begrifflich mehrere Hdlgen verlangt (§ 260 N. 5b).

c) Bei einer sog. fortgesetzten Hdlg. (§ 73 N. 6) können dagegen die vor dem Inkrafttreten des eine Hdlg. mit Strafe bedrohenden Gesetzes begangenen Einzelhdlgen nicht in Betracht gezogen werden, auch nicht für die Strafzumessung; der Bestrafung unterliegen vielmehr, unter dem Gesichtspunkte einer kriminalistischen Einheit, lediglich die nach jenen Zeitpunkt fallenden Einzelhdlgen, die als solche den Verbrechenstatbestand erfüllen; deren juristischer Charakter wird durch die vorangegangenen Einzelhdlgen an sich nicht beeinflußt; auch ohne diese würden sie der gleichen rechtlichen Beurteilung unterliegen, nur würde im Falle der Strafbarkeit jener früheren Hdlgen die Gesamtheit der Einzelhdlgen eine kriminalist. Einheit darstellen.

9) Während „Bestrafung" i. S. des StGB. (vgl. z. B. § 244) sowohl das Aussprechen als auch die Verbüßung der Strafe begreift, wird eine Hdlg. „mit Strafe belegt" durch die Verkündung eines eine Strafe verhängenden Urteils (StPO. § 267) bzw. durch den Erlaß eines amtsrichterl. Strafbefehls (§ 447 daf.) oder einer polizeil. Strafverfügung (§ 453 daf.). Übrigens bildet selbstverständlich die vorherige „gesetzliche Bestimmung der Strafe" nicht nur eine Urteils-, sondern auch eine Prozeßvoraussetzung.

Zu § 2 Absatz 2. N. 10—24.

10) Der Abs. 2 enthält von dem im Abs. 1 statuierten Prinzip der Nichtrückwirkung des neuen StrafG. nach der überwiegenden M. (N. 3) eine Ausnahme zugunsten des neuen milderen oder richtiger des „mildesten" G., welches Wort nach den Motiven ausdrücklich gewählt ist, „um dem Straffälligen die Wohltat auch des milderen Zwischengesetzes" zuzuwenden.

11) Da Abs. 2 nur eine Ausnahme enthält, so gilt im Falle der Gleichheit des älteren und des neueren Gesetzes die Regel der Nichtrückwirkung; so: Binding Hb. I 251

Digitized by Google

Geyer 1 90, v. Liszt S. 97; aM. H. Meyer S. 110, das neuere, als das dem Richter nächststehende habe Anwendung zu finden. Übrigens erklärt RG. III 21. Apr. 80 R. 1 627 es zutreffend für rechtlich unerheblich, welches G. angezogen werde.

Aus demselben Grunde ist das zur Begehungszeit geltende G., unter Beachtung des EG. § 6 (s. u. N. 22), anzuwenden, wenn der Zweifel sich nicht entscheiden läßt, welches G. das mildere sei; so: Binding Hb. 1 265, Hälschner 1 125, v. Liszt aO., Schütze S. 51; vgl. auch Finger 1 142 N. 161; aM.: v. Schwarze HH. 2 27, H. Meyer S. 113, Rüd.-St. N. 13.

12) Für die Frage, welches das mildeste G. sei, ist die Zeit „der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung" in Betracht zu ziehen.

a) Die Zeit „der begangenen Handlung" ist in N. 8 btr. Abs. 1 bestimmt worden. Es fragt sich aber, ob auch hinsichtlich des Abs. 2 lediglich die letzte der zur Hdlg. gehörigen Tätigkeiten als maßgebend zu erachten sei; diese Frage ist zu bejahen, da die jurist. Einheit der Hdlg. erfordert, sie lediglich Einem der während ihrer Begangenschaft geltenden Ges. zu unterstellen und dieses Eine G. nicht das unvollkommene ältere sein kann, sondern das z. B. des Abschlusses der Tätigkeit in Kraft bestehende sein muß. Das gilt nicht nur für strafb. Handlungen, die aus mehreren Einzelakten sich zusammensetzen, wie z. B. der Bankerutt (so insbs.: RG. FS. 7. Sept. 80 N. 2 210, III 29. Sept. 80 E. 2 337, Berlin 6. Dez. 72 O. 13 647), sondern ebenso für: Dauerdelikte (§ 73 N. 5c), wie für Kollektivdelikte (§ 73 N. 5d; so insbs. RG. III 24. Jan. 01 G. 48 120 btr. Kuppelei aus § 180 begangen vor u. nach dem 25. Juni 00), und auch für fortgesetzte Delikte (§ 73 N. 6; so insbs. Dresden 6. Okt. 73 St. 3 133). So auch fast durchgängig die Literatur; vgl. Binding Hb. 1 246, Lucas S. 31, Rüd.-St. N. 8, v. Bülow GS. 59 179 (mit Berufung auf die übrigens nicht richtig zitierte Rechtspr. des II. StrS. des RG.); aM. jedoch H. Meyer S. 143 sowie btr. des fortgesetzten Delikts v. Liszt S. 239.

b) Die Zeit „bis zur Aburteilung der Hdlg.", d. h. bis dahin, wo der Strafrichter ein Urteil über die Handlung abzugeben hat; das tut aber nur der erste und der Berufungsrichter, nicht jedoch der Revisionsrichter, der nur über die erhobenen Revisionsangriffe zu entscheiden hat (StPO. § 376); so: RG. I 15. Feb. 92 E. 22 347 (btr. Abänderung der bundesrätl. Ausführungsbestimmungen zum J.- u. AVersicherungsG.), III 1. Feb., IV 2. März 00, G. 47 159, 165 (btr. § 316_1 in der Fassung des G. v. 27. Dez. 1899 bzw. die KonkursO. a. u. n. F.), ferner: Binding Hb. 1 252, Hälschner 1 126, Lucas S. 31, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 14; aM.: Berner S. 252, Rubo N. 10. Dagegen tritt zweifellos wieder eine Aburteilung der Hdlg. ein, wenn das Urteil, einschließlich der Feststellungen, in der Revisionsinstanz aufgehoben und die Sache zurückverwiesen ist (StPO. § 393); so auch Binding, Hälschner, Lucas u. Oppenh.-D.

13) Indem aber nur das „bis zur Aburteilung der Hdlg." in Kraft getretene mildeste G. anzuwenden ist, wird die ausnahmsweise rückwirkende Kraft des neuen G. auf bereits rechtskräftig feststehende Strafen nicht ausgedehnt. So die GM., insbs. auch btr. rechtskräftig erkannter Ehrenstr. (vgl. den PrAllerhErl. v. 28. Feb. 1872; PrGS. S. 259). AM. Francke G. 20 44, auch v. Bar G. 19 77, der eine Mittelmeinung vertritt.

Deshalb findet ferner die Verjhrg. der Strafvollstrckg. nach §§ 66 (das. N. 13), 70 (das. N. 2) auf Strafen, die vor Geltung des StGB. rechtskräftig erkannt waren, keine Anwendung, so daß deren Vollstreckung entweder überhaupt nicht oder nach Maßgabe der btr. früheren Gesetze verjährt. So: München 20. Apr. 77 St. 7 24, Hälschner 1 126, 129, Heinze HH. 2 21, Oppenh.-D. N. 21, Rüd.-St. N. 14, v. Schwarze N. 9. AM.: Berlin 21. Feb. 72 St. 1 216, Berner S. 326, Binding Hb. 1 266 (weil § 70 geflissentlich in das Gebiet der Rechtskraft eingreife), Finger 1 142, v. Liszt S. 96 (unter unzutreffender Bezugnahme auf das u. N. 19 zit. RG. E. 32 247), Schütze S. 212 N. 30, Frank N. IV 5, Rubo S. 158, v. Risch Verjhrg. S. 44 N. 50 u. ZStrW. 9 267 (wegen des zugleich prozessual. Charakters der §§ 70 ff.), welche den Beginn der Verjhrg. teils schon vor der Rechtskraft des Urteils, teils erst (wie insbs. Berlin) von dem Inkrafttreten des StGB. rechnen.

Der hier vertretenen Ansicht entspricht es, wenn EGzStPO. § 12 ausdrücklich be-

Digitized by Google

stimmt, daß die Vorschriften der StPO. auf die Strafvollstrckg. auch dann Anwendung finden, falls die Strafe nach den bish. Vorschriften erkannt ist, da sonst, nach allg. Grundsätze sowie nach § 8_2 das., das Gegenteil eintreten würde.

14) Unter den „verschiedenen Gesetzen", von denen „das mildeste" anzuwenden ist, müssen notwendig Strafgesetze verstanden werden; es ergibt dieses nicht nur der Zusammenhang mit Abs. 1, sondern namentl. auch der Umstand, daß der Ausdruck „mildes Gesetz" nur von einem Strafges. gebraucht werden kann. So die GM., insbs. Berlin 12. Jan. 72 O. 13 36. Vgl. namentl. Kohlrausch ZStrW. 23 54, sowie S. 60: eine Milderung des Strafges. liege nicht vor, wenn ein Objekt infolge einer Rechtsänderung die Eigenschaften verliere, derentwegen es strafrechtl. geschützt werde, wohl aber, wenn ihm, obwohl es diese Eigenschaften behalten, der Strafschutz ganz oder teilweise entzogen werde.

Hiernach ist die Vorschrift des § 2_2 dahin aufzufassen, daß, wenn der Gesetzgeber bezügl. der Strafbarkeit einer Hdlg. oder der Höhe der zu verhängenden Strafe in der fr. Zeit zu einer anderen Rechtsanschauung gelangt ist, diese, insofern sie milder, ohne Rücksicht auf die Zeit der Aburteilung bei der letzteren maßgebend sein soll, daß dagegen die Vorschrift außer Anwendung bleibt, wo eine Änderung der Rechtsanschauung des Gesetzgebers über die bezeichneten Fragen nicht eingetreten ist; RG. II 12. Jan. 86 E. 13 249.

15) Als Konsequenz des N. 14 Bemerkten ergibt sich, daß, wenn das Strafgesetz selbst unverändert bleibt, im Wege der Gesetzgbg. aber die rechtlichen Voraussetzungen, auf denen jenes beruhte, verändert werden, dennoch Abs. 2 keine Anwendung findet; so im wesentl. die GM. (vgl. RG. I 1. März 99 E. 33 184, es sei Abs. 2 nicht anwendbar, wo die Gesetzesänderung zwar auf Voraussetzungen der Strafbarkeit, nicht aber auf Tatbestandsmerkmale sich beziehe); aM. Binding Hb. 1 257, der freilich sofort zu einer beschränkenden Auslegung des § 2 sich genötigt sieht, falls er nicht zu unzulässigen Freisprechungen rc. führen solle. Es ist dieses namentl. möglich bei den sog. Blankettstrafges., in welchen die Strafsatzung allgemein von der R.- o. Landesgesetzgbg. für die Übertr. eines Verbots oder Gebots hingestellt wird, das von einer anderen Behörde ausgeht (§ 145 N. 1); RG. IV 28. Juni 98 E. 31 225; aM. Kohlrausch ZStrW. 23 61 N. 17. Es ist ferner möglich bei Steuer- u. Zollgesetzen (vgl. BZG. § 134), bei Gesetzen, welche Staatsverträge oder die Reziprozität im Auslande zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Voraussetzung haben (z. B. WarenzeichenschutzG. v. 12. Mai 1894 § 23), dann aber auch bei solchen Strafgesetzen, welche gewisse zivilrechtl. Voraussetzungen haben, wie z. B. § 174[1] die Minderjährigkt. oder § 267 die Eigenschaft eines Schriftstücks als Urk. Wird in diesen Fällen während der Zeit zwischen der begangenen Hdlg. bis zu deren Aburteilung das btr. Verbot, z. B. der Einfuhr von Rindvieh, aufgehoben, oder die Steuergesetzgbg. materiell durch Freigebung gewisser Waren geändert, oder der Staatsvertrag aufgehoben, oder das Alter der Minderjährigkeit heruntergesetzt, so bleibt Abs. 2 außer Anwendung, und die Hdlg. wird nach dem in unveränderter Geltung gebliebenen Strafgesetze bestraft. Es trifft hier die der Ausnahme des Abs. 2 zugrunde liegende ratio auch keineswegs zu; denn nach wie vor gilt z. B. die Übertr. eines Viehseinfuhrverbotes oder die Vornahme unzüchtiger Hdlgen seitens eines Lehrers mit minderjährigen Schülern für strafbar. So: RG. III 9. Feb. 81 E. 4 4 (btr. Fälschung von kaufmännischen Handelsbüchern, denen durch EGzZPO. § 13^2 die Eigenschaft als beweiserhebl. Privaturk. entzogen worden; vgl. jedoch John ZStrW. 4 52), IV 14. Juni 87 E. 16 171 (Fortdauer der Strafbarkeit aus § 328 trotz Aufhebung der verletzten Aufsichtsmaßregel vor der Aburteilung), II 29. Dez. 91 E. 22 290 (unveränderter Tatbestand der Stempelsteuerverg. trotz Ausdehnung der Pflichten der Notare btr. Beitreibung der Stempelabgaben zus. PrG. v. 15. Juni 1890 § 9), III 25. Feb. 95 E. 27 98 (btr. Anwendbarkeit des § 289 auf Fälle der Entfernung unpfändbarer Habe vor dem 1. Oktober 1894 trotz Inkrafttreten des — jetzt durch den Schlußsatz des § 559 BGB. ersetzten — PrG. v. 12. Juni 1894 btr. die Rechte des Vermieters an den in die Mieträume eingebrachten Sachen), Berlin 12. Jan. 72 O. 13 36 (btr. Bezeichnung einer Ware mit der Firma eines ausl. durch Staatsvertrag geschützten Fabrikunternehmens, trotz inzwischen erfolgter Aufhebung des Staatsvertrages), 11. Juni 74 O. 15 396 (btr. Verab-

Digitized by Google

säumung einer, demnächst aufgehobenen, Formvorschrift bei Kassierung eines Wechselstpls.), 19. Feb. 75 St. 5 1 (btr. die nach den allg. Strafges. für Steuerkontraventionen zu ahndende Hinterziehung der demnächst durch das PreßG. beseitigten PrZeitungsstpl.), 3. Juni 74 O. 16 417 (btr. Übertr. des Hausier-Regl. und demnächstiges Aufhören der Gewerbesteuerpflichtigkeit), 22. Juni 66 O. 17 448 (btr. Übertr. des BJG. § 134 durch Verstoß gegen ein demnächst aufgehobenes Pferdeausfuhrverbot), 26. Feb. 79 O. 20 100 (btr. Übertr. einer V. zur Verhütung der Rinderpest durch Verstoß gegen ein demnächst aufgehobenes Einfuhrverbot).

16) Wird dagegen das Strafgesetz selbst bis zur Aburteilung der früher dadurch bedrohten Hdlg. abgeändert, so findet Abs. 2 Anwendung, ohne daß es auf den Grund der Aufhebung ankommt; so RG. I 1., 8. März, II 7. Dez. 00, E. 33 184, 187, 34 37 nach Ersatz des alten HGB. durch das neue btr. der Strafbestimmungen der RO., insoweit sie auf der Vorschrift des HGB. über Vollkaufleute bzw. über Bilanzziehungen beruhen, auf Grund der ständigen Rechtsprechung des RG., wonach ein Irrt. über jene zum Tatbestd. der Konkursvergehen gehörigen Vorschriften als Irrt. über das Strafgesetz angesehen wird. Die Vorschrift des Abs. 2 ist in dieser Beziehung nicht beschränkt, und sollte deshalb auch dem Abs. 2 die Erwägung zugrunde liegen, „daß der Gesetzgeber ein bestehendes Gesetz aufhebt oder mildert, wenn er dasselbe für unnötig, unangemessen oder zu hart befunden hat", daß aber in solchem Falle die rückwirkende Kraft des milderen Gesetzes „eine Forderung der Billigkeit und Humanität" sei, so kann doch Abs. 2 nicht deshalb für unanwendbar erklärt werden, weil die Aufhebung des btr. StrafG. aus einem anderen Grunde erfolgt ist, bzw. weil nicht aus dem neuen Gesetze erhellt, daß die frühere Bestimmung für zu hart erachtet sei; so RG. II 20. Mai 90 E. 20 407 (in ausdrücklicher Abweichung von II 12. Jan. 86 E. 13 249); aM.: München 30. Dez. 73, 22. Apr. 74, St. 3 149, 4 5, Binding Hb. 1 258, die Anwendbarkeit o. Nichtanwendbarkeit des § 2, hänge öfter von richtiger Auslegung der Motive für eine Änderung auf dem Normgebiete ab.

Wird ein StrafG. nur zeitweilig ausgesetzt (nicht aufgehoben), so muß, da das die Aussetzung aussprechende G. ein von dem ausgesetzten verschiedenes und zugleich zweifellos milderes ist, die Hdlg. straflos bleiben; so H. Meyer S. 113; aM.: zit. München, Hälschner 1 123, Oppenh.-D. N. 7.

Anders liegt es, wenn ein StrafG. von vornherein seine Geltung auf eine fest bestimmte Zeitdauer beschränkt, oder wenigstens von der Geltung eines anderen Gesetzes abhängig macht. Indem hier das StrafG. kraft eigener Bestimmung seine Geltung verliert, kann man nicht von verschiedenen aufeinanderfolgenden Strafges. sprechen. Es kommt deshalb Abs. 2 nicht zur Anwendung, und die Verurteilung auf Grund eines solchen G. ist auch dann zulässig, wenn bereits der Endpunkt seiner Geltungskraft eingetreten war. So: RG. III 15. Jan. 91 E. 21 294 (btr. SozialistenG.), IV 7. Apr. 99 E. 32 110 (btr. Aburtlg. von Zuwiderhdlgen gg. das G. btr. die Bestrafungen, Zuwiderhdlgen gg. die österr.-ungar. Zollgesetze 17. Juli 1881 nach Inkrafttreten des neuen G. v. 9. Juni 1895 beim Mangel von Strafandrohungen in der Zwischenzeit), Berlin 22. Juni 76, 26. Feb. 79, O. 17 448, 20 100, Finger 1 147, H. Meyer aO., Oppenh.-D. N. 8, auch Binding Hb. 1 237, weil die Aufhebung in Wahrheit eine Aufhebung der Form sei u. insoweit Gegenstandsloswerden des StrafG. bedeute, ohne rückwirkende Kraft zu üben, während in anderen Fällen eine Aufhebung des StrafG. stattfinde. AM.: Hälschner 1 123, v. Liszt S. 96 N. 2, auch Frank N. IV 4 u. ZStrW. 14 357, der je nach der Bedeutung der zeitl. Beschränkung unterscheidet, ebenso Lucas S. 33.

17) Da die klar liegende Tendenz des Abs. 2 dahin geht, bei Verschiedenheit der Strafges. dem noch vor der Aburteilung stehenden Verbrecher die Wohltat des mildesten G. zugute kommen zu lassen, so ist unter dem anzuwendenden „mildesten Gesetze" dasjenige zu verstehen, nach welchem der konkrete, der Aburteilung unterliegende Fall die mildeste Beurteilung erfährt; so die GM., insbs. RG. I 8. März 00 E. 33 187. Es sind also niemals die älteren und neueren Strafges. an sich miteinander in Vergleich zu ziehen; aM. Oppenh.-D. N. 12 mit Rücksicht auf den Wortlaut der Bestimmung; vgl. jedoch Lucas

Digitized by Google

S. 27. In Hinsicht auf den Einzelfall, um den es allein sich handeln kann, ist das mildeste G. dasjenige, nach dem der Angeklagte am besten wegkommt, abgesehen davon, daß die hinsichtlich der Milde in abstracto anzustellende Vergleichung zweier Strafges. miteinander häufig genug auf unlösbare Schwierigkeiten führt. Diese Vergleichung hat sich nicht nur auf die für das besondere Delikt gegebenen Satzungen zu beziehen, so daß z. B. die älteren und neueren Strafsanktionen über Bankerutt miteinander zu vergleichen wären, sondern muß auch alle allg. etwa in Betracht kommenden Vorschriften betreffen; so die GM. insbs. zit. RG. E. 33 187; aM. Berlin 20. März 73 O. 14 215. Wenn nun für ein gewisses Delikt nach älterem Recht zwar die Frist der Verjhrg. der Strafverfigg. eine kürzere war als nach neuerem, dagegen die Unterbrechung der Verjhrg. leichter — nämlich durch alle auf die Strafverfigg gerichteten Hdlgen des Staatsanwalts und Richters geschah (PrStGB. § 48), während sie jetzt nur durch richterliche (§ 68) bewirkt wird, so läßt in abstracto sich gar nicht entscheiden, welche dieser strafgesetzl. Vorschriften die mildere sei; anders sobald die Entscheidung in concreto zu treffen ist.

18) Bei einer in concreto zu treffenden Entscheidung kann es zunächst keinem Bedenken unterliegen, daß das StrafG. das mildeste ist, nach dem eine Bestrafung aus irgendeinem in demselben (nicht außerhalb desselben; vgl. N. 15) liegenden Grunde überhaupt nicht erfolgen kann; Berner S. 253, Oppenh.-D. N. 17. Ist eine unter der Herrschaft des PrStGB. begangene Brandstftg. der Aburteilung zu unterziehen, so ist demzufolge das RStGB. als das mildere anzuwenden, sobald der Täter den Brand, bevor er entdeckt und ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war, gelöscht hatte; denn alsdann tritt nach RStGB. § 310 Straflosigkeit ein, während das PrStGB. einen solchen Strafaufhebungsgrund nicht kannte.

19) Es folgt hieraus namentl., daß das G. das mildeste, nach welchem wegen eingetretener Verjährung eine Strafverfigg. nicht mehr statthaft ist; trifft dies zu, so ist es ohne Einfluß, wenn auch das spezielle, das in Rede stehende Delikt betreffende, StrafG. härter ist. So die GM., insbs.: RG. III 26. Juni 99 E. 32 247. AM. Berlin 20. März 73 O. 14 215 btr. Hausfriedensbr. nach Pr. u. nach RStGB. Aus eben dem Grunde folgt, daß die durch G. v. 26. März 1893 in den § 69 (das. N. 1) eingefügten Bestimmungen, welche ein Ruhen der Vjhrg. anordnen, wo früher solches nicht statthatte, keine rückwirkende Kraft haben kann, da das abgeänderte Gesetz insoweit das weniger milde ist; zit. RG. E. 32 247, Frank § 69 N. v, Seuffert ZStrW. 14 549.

20) In gleicher Weise ergibt sich hinsichtlich der Antragsdel., daß das G. für den besonderen Fall das mildeste ist, nach dem eine Strafverfigg. wegen Fehlens des erforderlichen Antrages überhaupt nicht erfolgen kann. Konnte man hierfür schon früher außer dem N. 18 angegebenen prinzipiellen Grunde die Analogie des § 5³ anführen (vgl. Berlin OAG. 8. Feb. 72 St. 1 253, welches sogar unzutreffend direkt auf Grund des § 5³ sich stützte), so jetzt noch die Bestimmung der StGN. Art. III, wodurch wenigstens nach der einen Seite hin positiv ausgesprochen wird, daß, falls die ältere Redaktion des StGB. einen durch die StGN. beseitigten Antrag erforderte, ein solcher zur Verfolgung der vor dem Inkrafttreten der StGN. begangenen Hdlgen auch jetzt noch erforderlich ist; vgl. StGN. Art. III N. 1. Der umgekehrte Satz, den auszusprechen die StGN. keinen Anlaß hatte, daß nämlich zur Aburteilung eines vorher begangenen Deliktes ein Strafantrag zu erfordern sei, falls das G. einen solchen verlange, gilt ebenso gewiß. So die GM., insbs.: München 12. Feb. 72, Mannheim 6. Apr. 72, St. 1 162, 249.

Die für den Fall, daß eine Untersuchung bereits vor dem Inkrafttreten des StGB. eingeleitet war, konstant festgehaltene und wesentlich auf die prozessuale Natur des Antrages gestützte abweichende Ansicht von Berlin 8. Sept. 71, 19. Sept. 72, 19. Okt. 76, 21. März 77, St. 1 84, O. 13 465, 17 682, 18 240, welche auch Binding Hb. 1 253 f., 597, Finger 1 143, v. Liszt S. 97 u. Nessel Antragsber. S. 14 vertreten, ist hiernach nicht zu billigen, der angeführte Grund aber deshalb nicht stichhaltig, weil — mag die Natur der Antragsberechtigung sein, welche sie wolle (§ 61 N. 1) — immerhin das nicht wegzuleugnende Resultat bleibt, daß ein StrafG., welches zur Verfolgung einen Antrag erfor-

Digitized by Google

dert, im Vergleich zu einem anderen, das einen solchen nicht verlangt, im konkreten Fall das mildere ist, falls ein gültiger Antrag nicht vorliegt; so jetzt auch Oppenh.-D. N. 18; vgl. jedoch Köhler Strafantrag S. 25 (im Resultate übereinstimmend).

21) Ist in bezug auf die begangene Hdlg. das Vorliegen des Tatbestandes nach einem jeden der von der Zeit der Begehung (wg. deren Feststellung vgl. N. 1) bis zu ihrer Aburteilung geltenden Strafgesetze festgestellt (RG. II 6. Feb. 80 E. 1 191), so ist nunmehr für jedes G. zu untersuchen, welche Strafe verwirkt sein würde; Schütze S. 50, Rüd.-St. N. 7.

Als Konsequenz davon, daß die nach jedem Gesetz verwirkte mildeste Strafe entscheidend ist, ergibt sich, daß jedes G. in seiner Gesamtheit anzuwenden und ein Kombinieren der mildesten Bestimmungen der verschiedenen Ges. ausgeschlossen ist; so die GM., insbs.: Stuttgart 17. Apr. 72, Mannheim 29. März 73, St. 1 251, 3 149, Berlin 29. Sept. 75 O. 16 617. Da es um die Anwendung des mildesten StrafG. (N. 14) in dem eben erläuterten S. sich handelt, so kommen für seine Ermittelung die nichtstrafrechtl. Nachteile, die den Täter ev. treffen würden, d. h. die polizeil. Maßnahmen und die Privatgenugtuungen (vgl. E. I Abschn. 1 N. 4, 5), nicht in Betracht; aM. Frank N. IV 1. Dies gilt namentl. auch von der Buße; so Berlin 24. Jan. 72 St. 1 231; aM. v. Schwarze N. 13. Konsequenterweise darf freilich auf solche Nachteile auch nicht erkannt werden, wenn nicht gleichzeitig die Strafsanktion desselben G. Anwendung findet; so: zit. Berlin St. 1 231, Rüd.-St. N. 8; aM.: Binding Hb. 1 244 N. 11, Oppenh.-D. N. 26.

22) Die Vergleichung derjenigen Strafen miteinander, welche in Anwendung der verschiedenen Strafges. verwirkt sein würden, bietet ungleich weniger Schwierigkeiten als die Vergleichung der verschiedenen Strafges. selbst; dennoch fehlen die Schwierigkeiten auch hier namentl. dann nicht, wenn Strafarten des StGB. mit solchen, die ihm unbekannt, zu vergleichen sind, welcher Fall beim Mangel entsprechender Übergangsbestimmungen (EG. § 8 N. 2) eintreten kann. Die Hdlg. muß straffrei bleiben (EG. § 6 N. 3), wenn das Resultat sich ergibt, daß die — dem StGB. nicht nur dem Namen, sondern dem Wesen nach unbekannte — Strafart des älteren G. milder ist als diejenige des StGB., eine nach EG. § 8 zulässige Übergangsbestimmung, welche eine jetzt zulässige Strafart substituierte, aber nicht getroffen ist; Finger 1 141 N. 161. Vgl. übrigens o. N. 11_3.

Sind nur Strafarten des StGB. miteinander zu vergleichen, so zeigen sich Schwierigkeiten besonders wegen der in Betracht kommenden Nebenstr. Bestimmte Regeln lassen sich hier nicht geben; soweit wie möglich müssen die positiven Bestimmungen des StGB. selbst zur Entscheidung herangezogen werden (vgl. §§ 1, 21), im übrigen aber muß sie aus dem gesamten Geiste und System des StGB. genommen werden.

23) Als Grundsatz ist festzuhalten, daß zunächst nur die Hauptstrafen i. S. des StGB. miteinander zu vergleichen sind, derartig daß, falls die nach dem einen G. zu verhängende Hauptstr. für milder zu erachten ist, als die nach dem anderen verwirkte, ohne Bedeutung ist, wenn aus jenem Nebenstr. bzw. schwerere Nebenstr. zu erkennen sind, während nach diesem gar keine oder mildere Nebenstr. verwirkt sind.

Was die Hauptstr. betrifft, so läßt eine nach ihrer Schwere abgestufte Skala wegen der Mannigfaltigkeit der möglichen Kombinationen sich nicht aufstellen. Als mildeste Hauptstr. muß der, allerdings nur außerordentlich anzuwendende, Verweis (§ 58_4) gelten, während die Todesstr. die schwerste Strafe ist. Im übrigen greifen folgende Gesichtspunkte Platz:

a) Geldstr. ist nicht unbedingt milder als Freiheitsstr, (so Binding Hb. 1 264; aM. Rüd.-St. N. 7); denn indem StGB. § 1 die strafb. Hdlgen nach der Schwere der Strafandrohgen in V., V. und Übertr. derartig abstuft, daß eine mit Geldstr. von mehr als 150 M. bedrohte Hdlg. ein Verg., eine mit Haft bedrohte Hdlg. dagegen eine Übertr. ist, ergibt sich als dem Sinne des StGB. entsprechend, daß eine Haftstr., d. h. bis zu sechs Wochen — denn nur eine solche hat § 1_2 im Auge — milder ist, als eine Geldstrafe über 150 M.

b) Bezüglich der Freiheitsstr. kann nicht die verwirkte Strafart ausschließlich in Betracht kommen, derartig daß z. B. Gefängnis unbedingt milder sei als Zuchthaus; es muß vielmehr auch die Dauer der Freiheitsstr. nach dem im § 21 angegebenen Verhält-

Digitized by Google

nisse berücksichtigt werden, so daß z. B. einjähriges Zuchthaus milder ist als zweijähriges Gefängnis; Binding Hb. 1 264; Oppenh.-D. N. 5, dahin neigend auch Lucas S. 29; vgl. ferner Thomsen GS. 31 40. Die Spezialvorschrift des § 74₂ steht der Richtigkeit dieser Auffassung nicht entgegen.

24) Die Möglichkeit der Anrechnung der Untersuchungsh. nach § 60 muß bei der Frage nach dem mildesten G. außer Betracht bleiben, da die Strafe, womit die betreffende Hdlg. zu belegen, dadurch an sich nicht berührt wird, sondern lediglich der Vollzug der erkannten Strafe in Frage steht (§ 60 N. 5); so München 1. Juni 74 St. 4 99; aM. Oppenh.-D. N. 20.

§. 3.

Die Strafgesetze des Deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Gebiete desselben begangenen strafbaren Handlungen, auch wenn der Thäter ein Ausländer ist.

PrStGB. § 3. Entw. I, II § 3.

Zu §§ 3—8, insbs. §§ 3—6. N. 1—10.

1) Von der Herrschaft der Strafg. in räumlicher Beziehung handeln die §§ 3—6 und auch die §§ 7, 8 geben diese Frage berührende Vorschriften. In sämtlichen §§. werden das „Gebiet des DR." und das „Ausland" einander gegenübergestellt, während es um die verschiedenen Gebiete der Bundesstaaten sich nicht handelt. Daraus ist aber nicht mit Binding Hb. 1 401, Finger 1 164 N. 196 u. Frank N. 1 zu folgern, daß die §§ 3—7 nur mit dem Gegensatz von Reichsr. und ausl. Recht sich befaßten; lediglich diesen Gegensatz behandeln allerdings die §§ 3—6 (s. u. N. 17 u. § 4 N. 2); § 7 hat aber einen anderen Gegensatz im Auge, indem er außer an Reichsr. auch an das Strafr. der Bundesstaaten denkt (das. N. 4), während andererseits § 8 nur auf das StGB. selbst, also nur auf einen Teil des Reichsstrafr., sich bezieht (das. N. 1).

Speziell die §§ 3—6 stellen das, allerdings durch wichtige Ausnahmen modifizierte, Territorialitätsprinzip auf. So die überwiegende M., insbs. RG. IV 24. Juni 84, 14. Jan. 87, E. 11 20, 15 221. AM. einerseits Berner § 126 (dem zufolge neben der Regel der Territorialität diej. der Personalität und des natürl. Strafr. Platz greifen), Binding Hb. 1 402, 437 (das Territorialitätsprinzip beherrsche außer den nur im Inl. begehbaren Delikten lediglich die Übertr., während im übrigen sowohl das Personal- wie auch das Realprinzip gelte), ähnlich v. Schwarze S. 57, andererseits aber v. Wächter S. 88 (es liege ein verkümmertes Personalitätsprinzip zugrunde) u. H. Meyer S. 123.

2) Zunächst taucht die Frage auf, wann eine strafb. Hdlg. „im Gebiete des DR." (§ 3) und wann eine solche, speziell ein V. o. V. (§ 4) oder eine Übertr. (§ 6) „im Auslande begangen" sei. Es ist somit für die §§ 3—6 in gleicher Weise zu untersuchen, wo der Begehungsort einer strafb. Hdlg. sei; hierbei werden Analogieen mit der Frage nach der Begehungszeit (§ 2 N. 8 ff.) sich darbieten. Vgl. Kitzinger Ort u. Zeit der Hdlg. S. 49 ff.

Vorweg ist zu bemerken, daß, obschon § 3 einerseits und die §§ 4—6 andererseits insofern in einem gewissen Gegensatz stehen, als dort von den im Inlande, hier von den im Auslande begangenen strafb. Hdlgen die Rede ist, dennoch die Frage keineswegs i. S. eines „entweder im Inlande oder im Auslande" gelöst werden muß. Da jedenfalls gewisse strafb. Hdlgen, mag man ihren Begriff enger oder weiter fassen, über ein Raumgebiet sich erstrecken können, so erhellt von vornherein, daß als Begehungsort (wegen Feststellung desselben vgl. § 2 N. 1) unter Umständen sowohl das Inl. wie das Ausl. anzusehen ist; so: RG. II, III 19. Mai 84, 11. Feb. 86, III 14. Juni 83, 18. März 89, I 30. Dez. 89, 6. Mai 97, E. 10 420, 13 337, 9 10, 19 147, 20 169, 30 98, IV 20. Okt. 03 G. 51 45, Binding Hb. 1 416, v. Lilienthal Ort d. begang. Hdlg. S. 270.

Wenn übrigens die im Inl. begangenen strafb. Hdlgen unter Anwendung der Strafgesetze des DR. zu bestrafen sind (§ 3 u. StPO. § 152₂), während wegen der im Ausl. verübten nach § 4₁ in der Regel keine Verfolgung stattfindet, so hat bei den zugleich im In- und

Digitized by Google

Ausl. begangenen strafb. Hdlgen der Natur der Sache nach die positive Vorschrift des § 3 Platz zu greifen; so: RG. IV 24. Juni 84 E. 11 20 (das gesamte strafb. Handeln eines Täters, das im Ausl. begonnen, aber im Inl. vollendet worden, sei nach dem Strafgef. des Inl. zu beurteilen), v. Liszt S. 140. Deshalb ist eine im Inl. strafbare, im Ausl. aber straflos sich vollendende Hdlg. auch dann als vollendete Tat zu strafen, wenn der inl. Tatanteil an sich nur einen Versuch darstellt; aM. einerseits Binding Hb. 1 417 N. 7, 422 N. 26 u. Oppenh.-D. N. 11, die nur weg. Versuchs, andererseits Hälschner 1 154, der garnicht strafen will, weil, wenn „die vollendete Tat eine erlaubte sei, der Versuch nicht strafb. sein könne."

3) „Begangen" ist eine strafb. Hdlg. zunächst jedenfalls da, wo die zum Tatbestande erforderliche individuelle Tätigkeit (Willensbetätigung) entwickelt ist; RG. I 15. März 80, III 14. März 83, E. 1 279, 9 10 (vgl. jedoch N. 5).

Ist hiernach eine nur aus einem Akte bestehende strafb. Hdlg. da begangen, wo dieser Akt vorgenommen wurde, so fordert die Konsequenz, daß man eine aus mehreren Einzelakten bestehende strafb. Hdlg. als überall da begangen ansehe, wo einer derselben vorgenommen ist, so daß ev. mehrere Begehungsorte vorliegen; eine Urkfälschg. (§ 267) ist z. B. sowohl da begangen, wo die Fälschg. vorgenommen, als auch da, wo von der gefälschten Urk. Gebrauch gemacht wurde; so außer v. Lilienthal aO. (s. o. N. 2) auch H. Meyer S. 143 u. Frank N. IV. Es liegt aber hier kein Grund vor, ähnlich wie bei der Begehungszeit (§ 2 N. 8), i. S. der §§ 3 ff. etwa nur denjenigen Ort als maßgebend anzusehen, an welchem die letzte Tätigkeit vorgenommen wurde; aM.: Berlin 18. Apr. 73 St. 2 342, Finger 1 328, 330, Hälschner 1 153, Oppenh.-D. N. 10 u. § 267 N. 22, Rüb.-St. N. 4.

4) Im einzelnen ergibt sich aus dem in N. 3 Bemerkten noch folgendes:

a) Dauer- u. Kollektivdelikte (§ 73 N. 5c, d) sind überall dort begangen, wo eine einzelne derj. Tätigkeiten vorgenommen wurde, aus denen die Fortdauer bzw. die Geschäfts-, Gewerbs- o. Gewohnhtsmäßgkt. sich ergibt; so die GM., selbst Hälschner aO.

b) Eine fortgesetzte strafb. Hdlg. (§ 73 N. 6) ist überall dort begangen, wo eine einzelne der die juristische Einheit bildenden Hdlgen bzw. ein Einzelakt derselben vorgenommen wurde; so: v. Liszt S. 140, H. Meyer aO., Oppenh.-D. N. 10a, v. Lilienthal (s. o. N. 2); aM. die Gegner der obigen Ansicht.

c) Unterlassungsdelikte (§ 1 N. 3) sind da begangen, wo die unterlassene Hdlg. vorzunehmen war. Das gilt zunächst für die echten Unterlassgsdel. (aO. N. 3 b); so: Glaser HRl. „Unterlassgsverbr.", v. Liszt S. 140, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 6, Rüb.-St. N. 4, Schwalbach GS. 31 615, Seligsohn G. 28 219 u., jedoch unter gewissen Beschränkungen, v. Bar Lehrbuch S. 242; aM. Binding Hb. 1 423 u. v. Lilienthal aO. S. 284, die außerdem stets den Aufenthaltsort des Verpflichteten als Ort der Begangenschaft ansehen, während Finger 1 330, H. Meyer S. 196 u. Schneidler Ort der Hdlg. (Diss. Tübingen 1886) S. 62 den letzten Teil der Unterlassung, wo die Pflichterfüllung noch möglich war, als entscheidend ansehen. Es gilt aber ebenso für die durch Unterlassg. begangenen Kommissivdelikte (aO. N. 3a); so jetzt auch v. Liszt aO., ferner v. Bar aO., dem aber nicht zuzugeben, daß danach der Begehungsort unbedingt der Ort sei, an dem die zu einer weiteren Tätigkeit verpflichtende vorhergegangene Tätigkeit (E. I Abschn. 3 N. 3) vorgenommen u. fortgesetzt wurde.

5) In Übereinstimmung mit der § 2 N. 1 a u. namentl. auch von Binding Hb. 1 416 ff., 422 ff. vertretenen Ansicht btr. der Zugehörigkeit der auch durch fremde Kräfte erzielten Wirkung zur Handlung erachtet das dort zit. RG. II, III E. 10 420 dafür, daß für die Frage nach dem Begehungsorte einer strafb. Hdlg. dem Täter auch die durch Benutzung der Post als seines Werkzeuges verwirklichte Tätigkeit, i. c. die Beförderung des Briefs durch D. u. Österreich, zuzurechnen sei. Die überwiegende M. steht jedoch heute auf dem Standpunkt der sog. Aufenthaltstheorie, wonach lediglich der Ort Begehungsort ist, an dem der Täter z. Z. der strafb. Hdlg. sich aufhielt; so: Beling S. 41, Finger 1 328, Hälschner 1 152, v. Liszt S. 139, H. Seuffert v. L. Europ. Strafr. S. 17, H. Meyer S. 142, Schütze S. 56 N. 3,

Digitized by Google

v. Wächter S. 69, Frank N. IV, v. Schwarze S. 44 sowie v. Bar InternatR. S. 155, Lehrbuch S. 236, 257 u. GS. 28 485.

Ist die eingetretene Wirkung dem Handelnden überhaupt strafrechtlich zuzurechnen, so kann es für die Frage nach dem Begehungsort nicht darauf ankommen, daß der Ort, wo die Wirkung eintrat, dem Willen des Handelnden entsprach; ändert z. B. der mittels Schießgewehrs Angegriffene seinen Standpunkt derartig, daß ihn die Kugel im Inlande trifft, während der Schießende ihn im Auslande zu treffen beabsichtigte, so ist die Tat dennoch dem Schießenden im vollen Umfange zuzurechnen; sie ist deshalb, wenn dieser sich im Ausl. befand, sowohl dort wie im Inl. begangen; so auch RG. IV 24. Juni 84 E. 11 20 u. Binding Hb. aO., während RG. III. 13. März 80 E. 1 274 als Ort der strafb. Hdlg. „allein denjenigen" bezeichnet, „an welchem die von dem Angkl. erzielte Wirksamkeit mit seinem Willen in die Erscheinung getreten"; gegen diese Beschränkung als inkonsequent auch v. Bar Lehrbuch S. 238 N. 5.

Bildet die Tätigkeit des Handelnden zusammen mit der durch Instrument oder Boten vermittelten Wirkung ein einheitliches Ganzes (Francke G. 20 40), so muß als Begehungsort gelten sowohl der Ort, wo der Handelnde seine Tätigkeit entwickelte, als auch der, wo die Wirkung eintrat, als auch endlich die ganze Strecke, die das in Bewegung gesetzte Werkzeug, z. B. die Kugel oder der Brief bzw. der Bote, durchlief. So: RG. II, III E. 10 420 (s. o.), 11. Feb. 86 E. 13 337 (betr. § 92[1]), IV 17. Dez. 01 G. 48 452 (btr. § 286), v. Buri GS. 28 164, auch Binding Hb. aO., jedoch S. 423 abweichend btr. der von ihm sog. Transitverbr., falls die inl. Rechtsordnung dadurch unberührt bleibe, wie z. B. beim Durchlaufen eines verschlossenen Briefes; wie dieser v. Lilienthal Ort d. begang. Hdlg. S. 279. AM.: zit. RG. E. 1 274, Rubo N. 5, Häberlein G. 35 434, welche nur den Ort, wo die Wirkung eintritt bzw. eintreten sollte, berücksichtigen, während Oppenh.-D. N. 7, 10 unterscheidet, je nachdem der Tatbestand durch eine Hdlg. o. durch mehrere getrennte Hdlgen erfüllt wird.

6) Die Ansicht, daß der zur Vollendung des Tatbestandes einer strafb. Hdlg. etwa erforderliche Erfolg (§ 2 N. 1 $_3$), auch für die Frage nach dem Begehungsorte außer Betracht zu bleiben habe, teilt die GM., insbs. RG. I 25. Sept. 84 E. 11 245. AM. einerseits Berner S. 255, der den Ort des Erfolges, sofern er dem Willen des Täters entspricht (s. o. N. 5), gleichfalls als Begehungsort ansieht, andererseits Binding Hb. 1 451 N. 1, 417, 420 u. v. Lilienthal Ort d. begang. Hdlg. S. 259 ff. in Konsequenz ihrer Auffassung des Handlungsbegriffes; sie wenden sich namentl. dagegen, daß man die Frage nach dem Orte der Begangenschaft i. S. des materiellen Strafr. der prozessualen nach dem Gerichtsstande der begangenen Tat gleichachte. Wenn nun auch das StGB. nicht aus der StPO. erläutert werden kann, so ist doch die Behauptung, daß beide Fragen nichts mit einander zu tun hätten, unrichtig; denn die prozessual. Vorschriften dienen nur zur Verwirklichung des materiellen Rechts, woraus folgt, daß eine das f. d. c. anerkennende ProzeßO. von den materiellen Grundsätzen ausgehen muß, die über die Herrschaft der Strafg. in räumlicher Beziehung und die örtliche „Begangenschaft" der Hdlg. aufgestellt sind; so: RG. IV 25. Jan. 87, II 17. Juni 92, E. 15 232, 23 155, Frank N. IV, Bennecke-B. S. 83 N. 3, v. Kries S. 167 N. 1, v. Lilienthal aO. S. 257; vgl. auch Schneidler Ort d. Hdlg. S. 20 f.; aM. jedoch vom Standpunkte des internat. Strafrechts v. Bar Lehrbuch S. 239.

Noch weniger kann für den Begehungsort eine nach Vollendung der Tat und deshalb juristisch unerhebliche, mit deren Objekte vorgenommene Hdlg in Betracht kommen, wie z. B. die Weiterveräußerung einer an sich gebrachten Sache seitens des Hehlers (§ 259); so: RG. I 15. März 80 E. 1 279, v. Bar Lehrbuch S. 241 N. 13; aM. Binding Hb. 1 422 N. 25, wenn ein Verbr. zwar im Ausl. vollendet worden, dann jedoch die deliktische Tätigkeit im Inl. in einer anderen, aber für dieses Verbrechen gleichfalls möglichen Form sich fortsetze, so werde das Verbr. im Inlande begangen.

7) In Übereinstimmung mit den oben entwickelten Grundsätzen ist in der Praxis angenommen, daß die Tat im Inlande begangen sei:

Digitized by Google

a. weil die gesamte Tätigkeit daselbst entwickelt war (N. 3_1), so beim Betr. (§ 263), mochte auch die die Tat vollendende Vermögensbschdg. im Ausl. eingetreten sein; RG. I 25. Sept. 84 E. 11 245; bei der Kuppelei (§ 180), mochte auch die Unzucht selbst im Ausl. verübt werden sollen; München 18. Feb. 73 St. 2 234, Berlin 14. Nov. 72 O. 14 722;

b. weil wenigstens einer der mehreren zum Tatbestande erforderlichen Einzelakte daselbst vorgenommen worden (N. 3_2), so beim Landesver. aus § 92[1], weil die strafb. Mitteilungstätigkeit mindestens teilweise im Inl. sich vollzogen und inl. Bewegungskräfte zu ihrer Verwirklichung benutzt hatte (N. 5); RG. II, III 11. Feb. 86 E. 13 337;

c. weil die beabsichtigte Wirkung im Inl. eintrat (N. 5), so durch Vermittelung der Post, z. B. bei einem vom Ausl. her bewerkstelligten Verbreiten verbotener Druckschriften; RG. I 3. Feb. 81 E. 3 316; oder bei Übersendung von Schriftstücken strafb., insbs. beleidigenden, Inhalts; Berlin in konstanter Praxis, z. B. OAG. 24. Jan. 72 St. 1 195, OTr. 17. Feb. 76, 14. Juni 77, O. 17 118, 18 416, München 15. Mai 75 St. 5 57, Mannheim 18. Mai 77, 15. Juni 78, St. 8 63, 65.

Andererseits ist abweichend angenommen, daß der Bankerutt schon deshalb allein als im Inl. begangen anzusehen sei, weil das Konkursverfahren im Inl. eröffnet sei; so: RG. II 20. Sept. 87 E. 16 188 (das Gesetz bestrafe den Bankbruch, sofern er mit gewissen weiteren Momenten in Verbindung trete), v. Bar Lehrbuch S. 243.

8) Bezüglich des Versuchs (§ 43) einer strafb. Hdlg. gelten die allg. Grundsätze. Deshalb ist als Begehungsort anzusehen der Ort, wo die Versuchshdlg. vorgenommen wurde (N. 3; RG. I 6. Mai 97 E. 30 98), sowie wo die (des zur Vollendung nötigen Erfolges entbehrende) Wirkung eintrat (N. 5), endlich jeder Ort, den ein vom Täter in Bewegung gesetztes Mittel berührte (N. 5_3), selbst wenn nicht einmal die beabsichtigte Wirkung eintrat, d. h. also beim Mordversuch (§§ 211, 43) die Strecke, welche die abgeschossene Kugel durchlief, ohne den Angegriffenen zu treffen; so, abgesehen von den Transitverbr. (N. 5_3), Binding Hb. 1 420 N. 22 u. v. Lilienthal Ort d. begang. Hdlg. S. 284; aM. v. Liszt S. 140: die Tat sei dort begangen, wo die gefährdende Willensbetätigung stattgefunden habe; vgl. auch das zit. RG. E. 30 98.

9) Auch btr. der Teilnahme gelten die allgemeinen Grundsätze; v. Bar Lehrbuch S. 239, Binding Hb. 1 424 N. 4, Frank N. IV.

Aus diesen folgt (vgl. T. I Abschn. 3 N. 1) prinzipiell die Strafl osigkeit der Teilnahme, wenn sie im Inlande zu einer Zuwiderhdlg. gg. ausländische Ges. geleistet wird (RG. III 12. Apr. 86 E. 14 125 btr. engl. Zollges.; vgl. jedoch auch III 17. Nov. 92 E. 23 300, Abweichendes gelte, wenn reichsgesetzl. im Wege der Reziprozität die ausl. Zollges. mit unter den Schutz der inl. Strafgesetzgbg. gestellt seien), welcher Grundsatz nach RG. III 29. Apr. 89 E. 19 192 auch für den umgekehrten Fall als Regel gilt, daß ausschließlich im Auslande gg. inl. Gesetze ein Delikt unternommen wird.

Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme, insbs. der Formen der Anstiftung u. Beih., wird vielfach, jedoch zu Unrecht (Abs. 1), abgeleitet, daß der Ort der Begehung der Haupttat als solcher auch als Begangenschaftsort für jene zu gelten habe; so namentl.: RG. IV 24. Juni 84, III 18. März, 29. Apr. 89, E. 11 20, 19 147, 192, v. Lilienthal Ort der begang. Hdlg. S. 284, Birkmeyer Teiln. S. 176.

10) Im einzelnen ergeben sich für die verschiedenen Formen der Teilnahme folgende Resultate:

a. Mittäterschaft (§ 47) ist überall da begangen, wo auch nur Einer der Mittäter seinen Tatanteil begeht; so die GM., insbs. RG. IV 24. Juni 84 E. 11 20;

b. Anstiftung (§ 48) u. Beihilfe (§ 49) sind sowohl dort begangen, wo die Teilnahmehdlg. vorgenommen wurde (N. 3), als auch da, wo sie zur Wirksamkeit gelangte (so v. Lilienthal Ort d. begang. Hdlg. S. 284 u. btr. Anstiftung Binding Hb. 1 424; aM.: v. Bar Lehrbuch S. 239, Finger 1330, v. Liszt S. 140, maßgebend sei nur der Ort der Willensbetätigung des Teilnehmers, während Birkmeyer Teiln. S. 176 den Ort der Ausführungshdlg des Täters entscheiden läßt), wie endlich an allen Orten, welche das in Bewegung gesetzte Mittel durchlief (N. 5). Daß hiernach Anstiftg. u. Beih. namentl. da begangen sei, wo die

Digitized by Google

Teilnahmetätigkeit entwickelt wird, erkennen RG. III 14. Juni 83, 12. April 86, E. 9 10, 14 124 (btr. Beih.) und I 14. Juni 94 E. 25 424 (btr. Anstiftg.) an.

Zu § 3 N. 11—22.

11) Die positive Seite des Territorialitätsprinzips (N. 1) betrifft speziell § 3, indem er jede im Gebiete des DR. begangene strafb. Hdlg. den RStrafges. unterwirft, u. zwar diesen ausschließlich ohne Rücksicht auf abweichende Satzungen, die etwa im ausliefernden Staate btr. Verjährung o. Strafantrags gelten; RG. I 7. Mai 00, III 10. Mai 02, E. 33 271, 35 254. Dadurch sind übrigens nicht bloß alle im DR. selbst verweilenden Personen unter die Strafges. desselben gestellt, sondern auch die Personen, welche, außerhalb des RGebietes sich befindend, dennoch in ihm, gemäß den Ausführungen in den N. 3—9, eine strafb. Hdlg. begehen. Den Schlußworten des § 3 (N. 16_3) hätte deshalb hinzugefügt werden können „oder bei Begehung der strafb. Hdlg. im Ausl. sich befand".

12) Voraussetzung des § 3 ist, daß die strafb. Hdlg. im „Gebiete des DR." begangen sei, mag dabei zugleich auch das Ausl. als Begehungsort anzusehen sein (N. 2).

Vorauszuschicken ist, daß nach Maßgabe des geltenden Völkerrechts das Gebiet einschließlich des nassen Küstensaumes (vgl. jedoch N. 14aβ), soweit „als die Staatsmacht vom Ufer her sich darüber erstreckt, also auf Kanonenschußweite" zu verstehen ist, wobei letztere wiederum nach der größten Tragweite der Geschütze jeder Zeitepoche, soweit sie eine hinreichende Trefffsicherheit haben, für alle Küsten gleichmäßig sich bestimmt. So: Bluntschli Völkerr. § 302 insbs. Nr. 1, Heffter-Geffken Völkerr. S. 167, 168 N. 2, v. Bar InternatR. S. 575, Perels Internat. Seerecht (2. Aufl.) S. 22f., während Harburger, Inl. S. 21, die Küstengewässer als eine Übergangsstufe zwischen Inl. und Ausl. ansieht, welche die erstere Eigenschaft nur, wenn und soweit der Gesetzgeber für sie geltende Vorschriften erlasse, erhielten, mit Rücksicht auf die lückenhaften Zuständigkeitsbestimmungen in der StPO. (vgl. das. § 10) aber im Zweifel ist (S. 7), ob die D. Küstengewässer in strafrechtl. Beziehung als Inl. anzusehen seien. In den Artt. 2, 3 des Internat. Vertr. btr. die polizeil. Regelung der Fischerei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer v. 6. Mai 1882 sind die letzteren, allerdings nur für diesen Vertrag geltend (aM. Hälschner 2 983), bestimmt als das „Gebiet bis zu drei Seemeilen, diese als der 60. Teil eines Breitengrades gerechnet, Entfernung von der Niedrigwassergrenze, in der ganzen Längenausdehnung der Küsten und der davor liegenden Inseln und Bänke", wobei in den Buchten das Gebiet der drei Seemeilen von einer die Bucht (als sog. Eigentumsgewässer) nach näherer Bestimmung durchschneidenden geraden Linie gerechnet wird.

Binding Hb. I 406 ff. betrachtet diese und die anderen über den Landesumfang hinausgreifenden Erweiterungen (N. 14a) des „Gebietes des DR." unter dem Gesichtspunkte, daß i. S. des § 3 das Raumgebiet des DR. in Betracht komme nicht sowohl als „Staatslandgebiet" (N. 13), sondern vielmehr als „Staatsgewaltgebiet", wonach der nasse Küstensaum, die Staatsschiffe 2c. nicht bloß kraft Fiktion, sondern in Wirklichkeit zu dem Rgebiete in diesem S. gehören würden. Mit Recht hält übrigens Binding Hb. I 409 die Luftsäule über D. Lande und D. Wasser auf Kanonenschußhöhe dem nassen Küstensaume rechtlich gleich; vgl. auch v. Bar Lehrbuch S. 338 sowie BGB. § 905.

13) In der eben bezeichneten Ausdehnung besteht das Gebiet des DR. aus den in der RV. Art. 1 aufgeführten Bundesstaaten und dem Reichslande Elsaß-Lothringen (dem von Binding sog. Staatslandgebiete). Vgl. außerdem wegen der Konsulargerichtsbarkeits- und Schutzgebiete § 4 N. 20c.

Da aber das StGB. verschiedene Redaktionen erfahren hat, es auch erst nach und nach in den verschiedenen Gebietsteilen des jetzigen Inl. zur Einführung gelangt ist, so ist der Begriff „Inland" i. S. des StGB. nicht immer der gleiche gewesen, sondern verschiedenen Änderungen unterworfen worden. Vgl. hierüber den Kommentar 5. Aufl. diese N. sowie Olshausen Vorbestr. S. 99 ff.

14a) Das Gebiet des DR. erweitert sich auf Grund gewisser, im Staatsr. und im Völkerr. begründeter Fiktionen über den in N. 12 bezeichneten Umfang hinaus. Daß namentl. die „anerkannten Grundsätze des Völkerrechts" neben dem StGB. ergänzend Platz

Digitized by Google

greifen, folgt daraus, daß letzteres kein für sich bestehendes Gesetzbuch ist, sondern mit dem gesamten übrigen Recht, also namentlich auch mit dem geltenden Völkerr., im engsten Zusammenhange steht; so die GM., insbs. die Motive zu §§ 3, 4.

a) Nach Staatsr. erscheinen Zuwiderhdlgen gg. die D. Zollgesetze begangen bei exponierten D. Zollämtern als im Inl. verübt, und zwar sowohl, wenn das Zollamt zus. Staatsvertrages des Reichs (z. B. v. 2. März 1877 mit Österreich-Ungarn), als auch, wenn es in Ausführung eines für einen einzelnen Bundesstaat erlassenen G. errichtet ist (z. B. zus. Vertr. zwischen Els.-Lothr. u. der Schweiz); RG. II 19. März 86, I 19. Nov. 88, E. 13 410, 18 241.

β) Nach Völkerr. gelten sog. Staatsschiffe, d. h. Schiffe, auf welchen fremde Souveräne oder deren Gesandte sich befinden, sofern sie zu deren ausschließlicher Benutzung stehen, und Kriegsschiffe, deren Annäherung gestattet wird, sowie Handelsschiffe auf hoher See überall — die Staatsschiffe namentl. auch innerhalb des Gebietes fremder Staaten — als Teile desjenigen Staats, dem sie angehören; RG. II 18. Juni 89 E. 37 288, IV 21. Okt. 92 E. 23 266 (beide btr. Handelsschiffe auf hoher See), Berner § 127, Bluntschli Völkerr. §§ 317—319, 321, Heffter-Geffken Völkerr. S. 174, 177, v. Bar. Internat. Privatr. 2 609 u. Lehrbuch S. 336, 349, Harburger Inl. S. 6, 108, 124, Beling Exterritorialität S. 176. Vgl. StPO. § 10, welches die Zuständigkeit regelt, falls die strafb. Hdlg. „auf einem deutschen Schiffe im Ausl. oder in offener See begangen ist", sowie G. v. 4. Dez. 1876 und B. v. 29. März 1877 btr. die Schonzeit für den Fang von Robben, welche „Deutsche und zur Besatzung eines deutschen Schiffes gehörige Ausländer" mit Strafe bedrohen. Dagegen gelten Hdlgen, welche auf fremden Handelsschiffen in Häfen und Busen — sog. Eigentumsgewässern — des DR. verübt werden, als im Gebiete des letzteren begangen; so die GM., insbs. RG. I. 22. Apr. 80 E. 2 17 btr. der ausl. Bodenseedampfschiffe in Häfen des DR. Dasselbe gilt aber nach dem N. 12$_2$ Bemerkten bezüglich der fremden Handelsschiffe in D. Küstengewässern; aM.: Harburger Inl. S. 7, 124, v. Bar Lehrbuch S. 337. Es kommt freilich vor, daß Staaten in ihren Gebieten befindliche Handelsschiffe nicht durchweg ihrem Rechte unterwerfen, sondern namentl. die Bestrafung der unter dem Schiffsvolk an Bord begangenen Straftaten dem Heimatsstaat des Schiffes überlassen; Berner § 127, Harburger aO. S. 124.

b) Eine Beschränkung des Gebietes des DR. tritt in Konsequenz des eben erwähnten Grundsatzes dahin ein, daß fremde Staatsschiffe auch in zum DR. gehörigen Gewässern als Ausl. anzusehen sind; Binding Hb. I 688 u. Beling aO. nehmen hier einen Fall der Exterritorialität (N. 21) an.

15) Grundeigentumsbesitz eines Staats im Gebiete eines anderen begründet dagegen keine Ausnahme; namentl. ist es kein anerkannter Grundsatz des Völkerr., daß Hotels der im Ausl. belegenen Missionen als Inl. oder umgekehrt Hotels der bei einer inl. Regierung beglaubigten Missionen als Ausl. anzusehen seien; so die GM., insbs. RG. II 26. Nov. 80 E. 3 70.

16) Auf alle im Gebiete des DR. (N. 12—15) begangenen strafb. Hdlgen bezieht sich der in § 3 aufgestellte Grundsatz, deshalb auch auf alle Deliktsformen, also auf die vollendete wie die versuchte Straftat, dsgl. auf die Haupttat wie auf Anstiftung u. Beihilfe; RG. III 14. Juni 83, 18. März 89, E. 9 10, 19 147. Freilich ist bei diesen akzessorischen Deliktsformen notwendiges Erfordernis, daß die im Ausl. begangene Haupttat, so wie sie begangen ist, den Tatbestand einer von inl. G. unter Strafe gestellten Hdlg. erfüllt; RG. III 12. Apr. 86 E. 14 124 (da eine Verletzung ausl. Zollges. nach D.Strafr., sofern nicht besondere Ges. sie unter Strafe stellen, straflos bleibe, sei auch eine in D. verübte Beihilfe zu einer im Ausl. begangenen Zolldefr. gg. einen fremden Staat in der Regel straflos; vgl. E. II Abschn. 6 N. 1).

Deshalb ist es gleichgültig, ob die strafb. Hdlg. von einem Inländer oder von einem Ausländer begangen wird; die Schlußworte des § 3 (N. 11) sind folglich überflüssig. Müßig ist demgemäß auch der an ihre Fassung geknüpfte Streit, ob nämlich „Täter" hier jeden bezeichne, der eine strafb. Hdlg. begangen hat (Merkel S. 137, Rubo N. 6, v. Kries

Digitized by Google

ZStrW. 7 560), oder nur den physischen Urheber (Schütze S. 53 N. 3 u. G. 21 169, Rüd.-St. N. 3); denn nach dem o. Abs. 1 Bemerkten umfaßt der Grundsatz des § 3 materiell alle strafb. Hdlgen, also auch in der Form der Teilnahme; so die zitt. RG. E. 9 10, 19 147, sachlich auch Oppenh.-D. N. 5. Vgl. übrigens die gleiche Wendung im § 4_2 Unterabs.

17) Ausdrücklich spricht § 3 nur von den „Strafgesetzen des DR.", d. h. von den auf der Autorität des DR. (nicht auch eines Bundesstaats) beruhenden Strafges., während § 2 (das. N. 2_3) von den Strafges. überhaupt handelt; die Motive zu §§ 3, 4 bemerken auch, daß die Ausführung des die Strafgesetzgebungsbefugnis des Bundes begründenden Art. 4^{13} der BV. es gebiete, da, wo der Bund von jener Befugnis Gebrauch mache, das Bundesgebiet als ein einheitliches Ganze aufzufassen; überdies würde es, wie ein Blick auf den Wortlaut des § 3 zeigt, zu einem absurden Resultat führen, wollte man unter den Strafges. des DR. diejenigen der Bundesstaaten mitbegreifen; so die GM.

Hat sonach § 3 — und dasselbe gilt von den §§ 4—6 (vgl. § 4 N. 2) — auch nur Bezug auf das gemeine D. Strafr., so kann doch sein Verhältnis zu diesem verschieden aufgefaßt werden. Binding Hb. 1 402 nimmt an, daß § 3 — und ebenso die §§ 4, 6 u. 8 — auch für das GR. lediglich die Bedeutung „subsidiärer Auslegungsregeln" habe. Richtig ist dies jedoch nur bezüglich des späteren Reichsstrafr.; denn da dieses von jenem Grundsatz des StGB. abgehen kann, so ist es Sache der Auslegung eben jedes späteren StrafG., ob es hinsichtlich seiner Herrschaft in räumlicher Beziehung den Grundsätzen der §§ 3 ff. sich angeschlossen habe oder nicht; um das letztere anzunehmen, wird es bei diesen Gesetzen auch nicht einmal unbedingt einer ausdrücklichen Anordnung des Gegenteils bedürfen. Anders dagegen ist das Verhältnis zum älteren Bundesstrafr.; dessen entgegenstehende Bestimmungen sind ohne weiteres für aufgehoben zu erachten, soweit sie nicht zu dem durch EG. § 2_2 (das. N. 13) in Kraft gebliebenen „besonderen Bundesstrafr." gehören; so auch RG. II 19. März 86 E. 13 410, die Anwendung der §§ 4 ff. sei nach EG. § 2 soweit ausgeschlossen, als reichsgesetzl. über Verletzung von Zollges. abweichende Bestimmungen getroffen seien.

Für das Landesstrafr. wird die positive Seite des Territorialprinzips, wie sie im § 3 aufgestellt ist, auch Anwendung finden; so die GM., insbs. Berlin OTr. 4. Sept. 79 O. 20 345, KG. 8. Feb. 83, 6. Juni 89, 17. Dez. 94, Jahrb. 3 247, 9 296, 16 477. Es handelt sich hierbei jedoch weniger um eine analoge Anwendung (§ 2 N. 4_2), als vielmehr um eine Folgerung der „staats-, reichs- u. völkerrechtl. Stellung der Bundesstaaten selbst"; Hälschner 1 178.

18) Sind Teilnahmehandlungen an einer im Ausl. verübten, nach inl. R. strafb. Haupttat (N. 16) im Inl. begangen, so finden die Strafges. des DR. ausschließlich Anwendung, gerade als ob die Haupttat unter die D. Strafges. fiele; es ist deshalb z. B. gleichgültig, ob nach ausl. Recht die Haupttat verjährt ist und die Verjhrg. einen sachlichen Strafaufhebungsgrund darstellt; RG. III 14. Juni 83 E. 9 10, IV 20. Okt. 03 G. 51 45, Binding Hb. 1 425.

19) Ausnahmen von dem Grundsatze des § 3 kennt das Reichsr. nach drei Richtungen:

a) Für gewisse Gebietsteile des DR. ist die Herrschaft einzelner D. StrafG. ausgeschlossen. Das war zunächst vorübergehend mit dem StGB. selbst der Fall, indem es in Elsaß-Lothringen erst am 1. Okt. 1871, in Baden, Württemberg u. Bayern erst am 1. Jan. 1872 Geltung erlangte, in Helgoland erst am 1. Apr. 1891 (EG. § 1 N. 2 b, c, d), obgleich diese Gebietsteile schon seit dem 28. Juni, bzw. 24. Mai 1871 bzw. 18. Dez. 1890 zum „Inlande" gehörten. Das war ferner der Fall mit dem Reichs-PreßG., dessen Einführung in Elsaß-Lothringen nach § 31 das. einem besonderen Gesetze vorbehalten blieb; jetzt ist es dort wenigstens als „landesrechtl. Vorschrift" zuf. Els.-Lothr.G. v. 8. Aug. 1898 in Kraft getreten. Aber noch jetzt haben die Zollstrafges., insbs. auch die Strafbestimmungen des VZG., in den sog. Zollausschlüssen keine Geltung.

b) Gewisse Personen, auch wenn sie innerhalb des DR. sich aufhalten, sind von der Herrschaft D. Strafges. ausgenommen:

α) Nach staatsrechtl. Grundsatze sind die Träger der Souveränität innerhalb des Rahmens der RV., strafrechtlich unverantwortlich; das gilt außer vom Kaiser und den

Digitized by Google

Bundesfürsten auch von den Regenten; so: Binding Hb. 1 670, Birkmeyer Enzykl. S. 1145, Finger 1 431, Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 252, v. Liszt S. 115, H. Meyer S. 130, Schütze S. 56; a. M. Merkel S. 282. Notwehr ist gegen Souveräne unstatthaft; § 53 N. 6_3. Es liegt aber nur ein höchstpersönlicher subjektiver Strafausschließungsgrund vor, der die Möglichkeit einer strafb. Teilnahme (E. I Abschn. 3) bestehen läßt; Finger, v. Liszt a. O., Birkmeyer Teiln. S. 157.

β) Einzelne D. Strafges. sollen auf gewisse Personen keine Anwendung finden. In dieser Beziehung enthält das StGB. selbst mancherlei, teils ausdrückliche, teils selbstverständliche, Ausnahmen; so finden nach § 10 die allg. Strafges. des R. auf „D. Militärpersonen" nur insoweit Anwendung, als nicht die Militärges. ein anderes bestimmen, und umgekehrt das MStGB. nur ausnahmsweise auf Zivilpersonen (vgl. § 10 N. 1, 3 u. MStGB. II 3); andere Strafbestimmungen sind nur für „Deutsche" gegeben (vgl. §§ 87—90), andere wiederum nur für „Ausländer" (vgl. § 296 a). Es finden sich auch beschränkte Ausnahmen, insofern als Personen nur dann gewissen Strafges. unterworfen werden, wenn sie bei Begehung der strafb. Hdlg. zugleich im „Inlande" (vgl. § 102) oder in einem bestimmten „Bundesstaate" (vgl. §§ 80, 94, 96) sich aufhalten, während die Begehung der Tat im Inl. 2c. bei Aufenthalt des Täters im Ausl. 2c. (N. 11) nicht genügt.

c) Auf gewisse im Inlande begangene, an sich strafbare Handlungen finden die Strafges. des DR. unter Umständen keine Anwendung; so bleiben nach RV. Art. 22 sowie StGB. § 12 wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen des RT. bzw. eines Landtages eines Bundesstaates „von jeder Verantwortlichkeit frei"; vgl. § 12 N. 7.

d) Eine Verbindung der Fälle zu b u. c findet statt, wenn nach RV. Art. 30 sowie StGB. § 11 Mitglieder des RT. bzw. der gesetzgebenden Versammlungen eines Bundesstaates wegen ihrer Abstimmungen und der in Ausübung ihres Berufs getanen Äußerungen außerhalb der Versammlung nicht verantwortlich sind; vgl. § 11 N. 1.

20) Nicht um Ausnahmen von dem Grundsatze des § 3 handelt es sich bei den reichsrechtlichen Bestimmungen, welche betreffen:

a. die Mitglieder des RT. und der gesetzgebenden Versammlungen der Bundesstaaten (abgesehen von den N. 19c u. d bezeichneten Fällen), indem nach RV. Art. 31 (vgl. dazu RG. IV 9. Juni 93 E. 24 205) u. EGzStPO. § 6^1 ev. nur eine Aussetzung der strafrechtl. Verfolgung einzutreten hat;

b. die Beamten, indem EGzGVG. § 11 der Landesgesetzgbg. lediglich überläßt, die Einleitung eines Strafverfahrens gegen Beamte von einem Verfahren abhängig zu machen, welches auf die Feststellung beschränkt ist, ob der Beamte einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse o. der Unterlassung der ihm obliegenden Amtspflicht schuldig sei.

21) Es handelt sich ferner nicht um Ausnahmen von dem Grundsatze des § 3 bei der auf dem Völkerrecht beruhenden sog. Exterritorialität, welche lediglich Befreiung von der Gerichtsbarkeit (so auch GVG. § 18) bewirkt und sonach nur mittelbar auch materiellrechtliche Folgen hat; Berlin KG. 26. Juli 99, PrJMBl. v. 1900 S. 579, sowie einerseits Binding Hb. 1 685 ff., andererseits v. Bar Lehrbuch S. 347. Daraus folgt, daß namentl. strafb. Teilnahme (E. I Abschn. 3) an Hdlgen Exterritorialer möglich ist; so Berlin 14. Juni 77 O. 18 415 (btr. Beih. zu einer Tat des Papstes) sowie v. Liszt S. 116, nach denen die Exterritorialität einen rein subjektiven (individuellen) Strafausschließungsgrund bildet; sachlich übereinstimmend Beling Exterritorialität S. 169, 172. Desgleichen ist Notwehr gg. rechtswidrige Hdlgen Exterritorialer statthaft (§ 53 N. 6_3). Möglich ist freilich auch, daß die Normen des Völkerrechts die objektive Rechtswidrigkeit der ihrem äußeren Tatbestande nach unter ein D. Strafgesetz fallenden Hdlg. ausschließen (E. I Abschn. 4 N. 1, 9a); RG. II, III 18. Juni 87 E. 16 165 (btr. der Tätigkeit der Personen, die nach den Gesetzen ihres Heimatlandes berufen sind, über Krieg und Frieden zu entscheiden 2c. und die deshalb „völkerrechtlich gedeckt" erscheinen); alsdann entfällt überhaupt der Begriff einer strafb. Hdlg. und ist folglich auch strafb. Teilnahme ausgeschlossen; v. Bar Lehrbuch S. 263. Die Exterritorialität bewirkt Befreiung:

a. von der inländischen Gerichtsbarkeit überhaupt:

Digitized by Google

α. bei fremden Souveränen, einschl. des Papstes, sowie der Regenten und bei denjenigen depossedierten Souveränen, welchen die Rechte der Souveräne völkerrechtlich noch zugestanden werden, für sich und ihre Begleiter, sofern beide Staaten miteinander in Frieden leben, ihnen auch der Eintritt in das DR. nicht untersagt ist und sie nicht etwa in die Dienste desselben oder eines Bundesstaates getreten sind; Binding Hb. I 687, Bluntschli Völkerr. §§ 129—131, Heffter-Geffcken Völkerr. S. 123, Berner Wirkungskreis (Berlin 1853) S. 206, Harburger Inl. S. 205 f.;

β. bei ausländischen Truppenteilen, denen der Eintritt gestattet ist; v. Bar InternatR. S. 574, Berner aO. S. 215, Harburger aO. S. 131 (nicht dagegen bei einzelnen Militärpersonen, auch nicht den im Inl. detinierten Kriegsgefangenen — vgl. vielmehr MStGB. § 158 —; so btr. der letzteren: Harburger aO. S. 134, Herbst G. 20 339);

γ. bei den Chefs und Mitgliedern der bei dem DR. beglaubigten Missionen, einschließlich der Familienglieder, des Geschäftspersonals und solcher Bediensteten derselben, die nicht Deutsche sind; GVG. §§ 18_1, 19;

δ. bei den im DR. angestellten Konsuln, sofern in Verträgen des DR. mit anderen Mächten (s. Olshausen, Strafgesetzgebung des DR. 8: Auslieferungs- u. Konsularverträge) entsprechende Vereinbarungen getroffen sind; GVG. § 21; vgl. RG. II 27. Jan. 88 E. 17 51, insbs. über die Tragweite des Art. 3 der Konsularkonvention mit den V. Staaten von Amerika v. 11. Dez. 1871;

b. von der Gerichtsbarkeit eines Bundesstaates gemäß GVG. §§ 18_2, 19:

α. bei den Chefs ꝛc. der bei denselben beglaubigten Missionen;

β. bei denjenigen Mitgliedern des Bundesrats, die nicht von dem Staate abgeordnet sind, in dessen Gebiet der Bundesrat seinen Sitz hat (vgl. RV. Art. 10), und zwar zu α u. β einschließlich der zu aγ weiter bezeichneten Personen.

22) In ähnlicher Weise wie bei der Exterritorialität (N. 21) wird durch die zwischen dem DR. und auswärtigen Staaten abgeschlossenen Auslieferungsverträge innerhalb gewisser Grenzen eine Exemtion von der inl. Gerichtsbarkeit hergestellt.

§. 4.

Wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen findet in der Regel keine Verfolgung statt.

Jedoch kann nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs verfolgt werden:

1) ein Deutscher oder ein Ausländer, welcher im Auslande eine hochverrätherische Handlung gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat, oder ein Münzverbrechen, oder als Beamter des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen im Amte anzusehen ist;
2) ein Deutscher, welcher im Auslande eine landesverrätherische Handlung gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat, oder eine Beleidigung gegen einen Bundesfürsten begangen hat;
3) ein Deutscher, welcher im Auslande eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Orts, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist.

Die Verfolgung ist auch zulässig, wenn der Thäter bei Begehung der Handlung noch nicht Deutscher war. In diesem Falle bedarf es jedoch eines Antrages der zuständigen Behörde des Landes, in welchem die strafbare Handlung begangen worden, und das ausländische Strafgesetz ist anzuwenden, soweit dieses milder ist.

Digitized by Google

PrStGB. § 4 Abs. 1 und 2. Entw. I § 4 Abs. 1 und 2, II § 4. StB. S. 157 ff. Entw. d. StGN. Art. I § 4. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 622, 1307.

Amtsdelikte 10 c.
Analogie 3.
Antrag d. ausl. Behörde 18.
Anwm. Recht, Ermittelung, 15;
Anwendung d. milderen, 19.
Bedingungen d. Strafr. 13.
Beleidgg. v. Bundesfürsten 11 b.
Deutscher, Eigenschaft 7;
Zeit d. Erforderniſſes derſ. 8;
Entſtehungsgeſchichte 4.
Geſetze d. DR. 12.
Hochverrät. Hdlgen 10 a.
Jurisdiktionsverträge 2.
Landesſtrafr. 2, 3.
Landesverrät. Hdlgen 11 a.
Meer, offenes, 16.
Münzverbrechen 10 b.
Rückanwendung D. Strafg. 17.
Staatsanwaltſchaft, Ermeſſen, 6.
Strafbarkeit am ausl. Tatort 14.
Strafgeſetz des DR. 2; ſ. Rückanwendg.
Strafverfolgung,
fakultative 6, unbedingt ſtatth. 9, bedingt 13, 14, 17,
obligatoriſche, 21.
Territorialitätsprinzip,
negative Seite, 1;
Regel, 3;
Ausnahmen, 6, 20.
Unzivilisierte Gegenden 16.

Vgl. § 5 sowie speziell btr. Abs. 2, u. zwar Nr. 1: Sprengstoff G. § 12, G. btr. die Bestrafung des Sklavenraubes u. des Sklavenhandels v. 28. Juli 1895 § 5; Nr. 2: G. gg. d. Verrat milit. Geh. v. 3. Juli 1893 § 10.

Zu §§ 4—6. N. 1—3.

1) Während § 3 die positive Seite des Territorialitätsprinzips behandelt (daſ. N. 11), beziehen die §§ 4–6 ſich auf die negative und zwar ſo, daß § 4_1 und § 6 die Regel enthalten, wonach im Ausl. begangene ſtrafb. Hdlgen nicht zu beſtrafen ſind, § $4_{2,3}$ ſowie gleichzeitig auch § 6 dagegen die, wiederum durch § 5 eingeſchränkten, Ausnahmen, in denen wenigſtens eine Verfolgung ſtatthaben kann.

2) Da die §§ 4—6 nur die andere Seite des Territorialprinzips regeln als § 3, dieſer aber ausdrücklich nur von den „Strafgeſetzen des DR." ſpricht (daſ. N. 17), ſo können auch die §§ 4—6 nur letztere im Auge haben; Binding Hb. I 401, Frank § 6 N. I, Oppenh.-D. N. 15, Heinze RStrafr. S. 42, Matthieſſen Inaug.-Diſſ. S. 39; ſie beziehen ſich deshalb an ſich überhaupt nicht auf Landesgeſ., namentl. auch nicht auf die älteren; aM. v. Schwarze S. 48. Deshalb iſt aber auch Abſ. 2 des § 4 nicht dahin zu verſtehen, daß eine Verfolgung nach den Landesſtrafgeſ. unbedingt ausgeſchloſſen ſein ſolle; aM.: Meves S. 91, Rubo N. 1. Folgeweiſe ſind auch die ſog. Jurisdiktionsverträge der einzelnen Bundesſtaaten mit fremden Staaten inſoweit nicht aufgehoben, als ſie innerhalb der Sphäre des Landesſtrafr. ſich halten, während bezüglich des Rſtrafr. die nach EG. § 2 ausſchließende Regelung in den §§ 4–6 erfolgt iſt; ſo: Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze S. 48 N. 2, Harburger Inl. S. 95, Köhler SeuffBl. 68 95; aM. einerſeits: Binding Hb. I 405 N. 10 (wegen des „kann" im § 4_3), Rüd.-St. N. 3, welche unbedingte Aufrechterhaltung, andererſeits Rubo N. 1, der vollſtändige Außerkraftſetzung der Verträge annimmt. Vgl. noch § 6 N. 1, 2.

3) Mit Rückſicht auf die Ausführung in N. 2 iſt die Frage nach der analogen Anwendung (§ 2 N. 4_2) der Grundſätze der §§ 4—6 auf das Landesſtrafr. zu erörtern.

Soweit es um landesrechtl. ſtrafb. Hdlgen Landesangehöriger im Ausland i. S. des § 8 ſich handelt, iſt die analoge Anwendung, mangels beſonderer landesgeſetzl. Beſtimmungen, zu bejahen; ſo: Hälſchner I 181, Heinze RStrafr. S. 43, Harburger Inl. S. 93 f.; aM. Seyferth BöhmsZ. 10 188.

Soweit aber landesrechtl. ſtrafb. Hdlgen in einem anderen Bundesſtaate (oder gar in einem Teilgebiete desſelben Bundesſtaats, wo das btr. Geſetz nicht gilt) in Frage ſtehen, ſind die früheren Beſtimmungen des Landſtrafr. als durch die internationalrechtl. Grundſätze des StGB. in keiner Weiſe berührt, noch in fortdauernder Geltung ſtehend zu erachten; ſo: Hälſchner I 182, Frank § 6 N. I 2, Heinze aO.; aM.: Oppenh.-D. N. 36, Harburger aO. u. v. Bar Lehrbuch S. 273, die auch hier analoge Anwendung annehmen, ſoweit nicht gewiſſe Vorſchriften von ſelbſt außer Betracht bleiben. Das Geſagte gilt ſpeziell auch hinſichtlich der in einem anderen Bundesſtaate begangenen Übertretungen; aM. Heinze aO. S. 43, der hier analoge Übertragung des § 6, u. Hälſchner I 180, der ſogar direkte Anwendung des § 6 annimmt. Wenn das ältere Landesrecht ausdrücklich außer Kraft geſetzt iſt ohne Neuregelung, ſo wird auch in dieſem Falle analoge Anwendung der reichsrechtl. Grundſätze anzunehmen ſein; vgl. Köhler aO. S. 91 N. * ſowie Lucas S. 41.

Digitized by Google

Für beide Fälle (Abs. 2 u. 3) nimmt Finger I 164 N. 196 beim Schweigen der Landesgesetzgbg. gleichmäßig Strafloſigkeit der außerhalb ihres Geltungsgebietes begangenen Delikte an.

Zu § 4. N. 4—21. — Entstehungsgeschichte. N. 4.

4) Was zunächst die alte Fassung des § 4 betrifft, so hatte Entw. I vollständig an das PrStGB. sich angeschlossen. Erst im Entw. II wurden die Ausnahmen der Nr. 3 des § 4, zum Gegenstande eines besonderen § 5, und der auf die Übertr. bezügliche Abs. 3 zum Gegenstande eines besonderen § 6 gemacht, während die Nr. 3 den Zusatz erhielt:

„Die Zulässigkeit der Verfolgung ist nicht dadurch bedingt, daß der Täter bereits bei Begehung der Handlung ein Norddeutscher war."

ohne daß die Motive einen Aufschluß darüber geben, weshalb derselbe hinzugefügt worden sei. Hälschner GS. 30 168 gibt als Grund an, daß in der preußischen Praxis Zweifel darüber entstanden gewesen, ob die Worte ein „Preuße" im PrStGB. § 4[3] auch auf den Zeitpunkt der verübten Tat zu beziehen seien, während nach dem Zeugnisse Rüdorffs (Rüd.-St. N. 13) der Zusatz mit Rücksicht auf das Auslieferungsverbot des § 9 veranlaßt wurde, was durch die Erklärung des Bundeskommissars in der, übrigens wenig klaren, RTdebatte bestätigt wird; Hamm G. 26 422.

Die jetzige Fassung des Unterabs. der Nr. 3: „Die Verfolguug ist auch zulässig" ꝛc. und namentl. dessen zweiter Satz wurde im RT. auf Grund eines Antrages Fries u. Gen. angenommen, welcher nach der Rede Laskers StB. S. 161 dem Gedanken entsprungen war, daß, wenn der erste Satz wegen der trotz gestellten Antrages einer auswärtigen Regierung unzulässigen Auslieferung eines Deutschen gegeben sei, so behufs Bestrafung im Inl. ein bei dieser Sachlage dem Auslieferungsantrage entsprechender Antrag auf Bestrafung erfordert werden müsse. Daß durch die Änderung der Fassung des ersten Satzes eine materielle Abweichung von dem Entw. habe herbeigeführt werden sollen, erhellt nicht.

Durch die StGN. wurde § 4 — abgesehen von einer anderen, die Trennung zwischen Ausländern und Inländern in den Nr. 1 und 2 beseitigenden, Redaktion — nach dem Amendement von Bähr u. Gen. sachlich lediglich dahin geändert, daß in Nr. 1 die Worte:

„oder als Beamter des Deutschen Reichs" ꝛc.

hinzugefügt wurden; StB. 1875/76 S. 1322.

Zu § 4 Absatz 1. N. 5.

5) Abs. 1 enthält die Regel, welche hier nur hinsichtlich der V. u. V. gegeben wird, da § 6 besonders hinsichtlich der Übertr. sich verhält; so bilden erst beide zusammen das Gegenstück zum § 3 (s. o. N. 1, 2). Die getrennte Behandlung der V. u. V. einerseits, der Übertr. andererseits beruht auf der Verschiedenartigkeit der Ausnahmen bei diesen, wo sie speziell begründet sein müssen, und bei jenen, für welche unmittelbar im Abs. 2 die generellen Bestimmungen folgen.

Zu § 4 Absatz 2. N. 6—19. — Eingang. N. 6.

6) Der Eingang des Abs. 2 gestattet ausnahmsweise die Verfolgung der im Auslande (§ 8 N. 2) begangenen strafb. V. u. V. für gewisse Fälle, ohne sie vorzuschreiben. Durch diese, nach EGzStPO. § 5 in Kraft gebliebene, Vorschrift wird ausnahmsweise ein Strafrecht des Staats begründet, dem gegen die Regel der StPO. § 152, eine Strafpflicht nicht entspricht.

Die Motive S. 32 ergeben mit Klarheit, daß die Verfolgung, abgesehen von dem etwa erforderlichen Antrage des Verletzten, lediglich von dem Ermessen der StAschaft abhängen sollte, daß dagegen die Gerichte, wenn sie infolge des staatsanwaltschaftl. Vorgehens mit der Sache befaßt sind, ein gleiches Ermessen nicht haben sollten; Binding Hb. I 426 N. 4, H. Meyer S. 123, v. Wächter S. 90, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 4. Die nähere Begrenzung des Ermessens, welche die Motive für die StPO. in Aussicht stellten, ist durch diese nicht erfolgt; der Natur der Sache nach ist jedoch für die StAschaft das öffentliche Interesse entscheidend, weshalb Samuely GS. 32 20 N. ** von einem „Strafanspruch mit Strafpflicht im Falle eines öffentlichen Interesses" spricht. Bei den nur auf Antrag verfolgbaren Beleidiggen und Körperverletzgen, deren Verfolgung im öffentlichen Interesse nicht liegt (StPO.

Digitized by Google

§§ 414, 416), hängt die Verfolgung von dem zur Erhebung der Privatklage Berechtigten ab. Wg. Ausnahmen von dem Prinzip der nur fakultativen Verfolgung s. N. 21.

Zu § 4 Absatz 2 Nr. 1—3. N. 7—9.

7) Die Eigenschaft als „Deutscher" bestimmt sich nach dem IndigenatsG. (über die Auslegung des § 21_1 S. 2, vgl. RG. II 13. März 00 E. 33 212); in Elsaß-Lothringen hat es gemäß G. v. 8. Jan. 1873 wenigstens formell seinem Wortlaute nach Geltung erlangt; vgl. Laband Staatsr. 2 208 f. Danach wird die Reichsangehörigkeit als Deutscher bedingt durch den Erwerb oder Besitz der Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate; vgl. über die Frage, ob ein Ausländer dadurch, daß er in Preußen zum Reserveoffizier ernannt wird, die Reichsangehörigkeit erwirbt, RG. II 22. März 92 E. 23 17. Ob jemand außerdem in einem anderen Staate Bürgerrecht besitzt, ist für seine Eigenschaft als Deutscher unter jener Voraussetzung gleichgültig. Ausländer ist nur, wer im obigen S. nicht Deutscher ist; Binding Hb. 1 413. Außerdem kommt § 9 des SchutzgebietsG. i. d. Fassung v. 25. Juli 1900 in Betracht.

Der Verlust der einmal erworbenen Staats- und somit auch Reichsangehörigkeit tritt nur durch einen der im § 13 bzw. § 21_3 des IndigenatsG. bezeichneten Vorgänge ein. Der § 21_2, der namentl. die Bestimmungen des Staatsvertr. des NDB. mit den VSt. von Amerika v. 22. Feb. 1868 aufrechterhalten sollte, verlangt zwar nicht, daß die Erwerbung der ausl. Staatsangehörigkeit dem fünfjährigen Aufenthalte im Auslande nachgefolgt sei, setzt aber voraus, daß der fünfjährige Aufenthalt in einem ausl. Staate und die Erwerbung der Staatsangehörigkeit in ihm miteinander im Zusammenhang stehen; ein solcher ist nicht vorhanden, wenn zwischen dem fünfjährigen Aufenhalt und der Erwerbung der Staatsangehörigkeit eine mehrjährige Unterbrechung durch Aufenthalt in einem anderen Gebiete liegt; RG. I 2. Juni 81 E. 4 271.

8) Die Frage, für welche Zeit die Eigenschaft als „Deutscher" vorausgesetzt wird, ist zwar hinsichtlich der Nr. 1 deshalb ohne praktisches Interesse, weil für die Verfolgung der dort bezeichneten Delikte die Eigenschaft als Deutscher oder Ausländer gleichgültig ist; allein nach der Fassung der Nr. 1—3 kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß an sich der Ausdruck „Deutscher" in allen drei Nummern in gleicher Weise zu verstehen ist. Nach dem Wortlaut der Bestimmung: „es kann verfolgt werden: ein Deutscher" ꝛc. ist anscheinend lediglich der Zeitpunkt der Verfolgung von Bedeutung. Deshalb erachtete Hälschner GS. 30 164 es für gleichgültig, ob der Täter zur Zeit der Tat Deutscher war. In seinem Strafrecht 1 171 folgert er jedoch aus dem Abs. 2 der Nr. 3, daß der zu Verfolgende auch schon zur Zeit der Tat Deutscher gewesen sein müsse, weil anderenfalls die Verfolgung nur bedingungsweise zugelassen sei. Allein der Wortlaut mancher strafgesetzl. Bestimmungen verlangt eine gewisse Eigenschaft des Angeklagten für den Augenblick der Verfolgung und Bestrafung, wo es ganz selbstverständlich ist, daß es auf jene Eigenschaft stets nur für den Augenblick der Handlung ankommt. Das gilt auch für das StGB.; denn dieses will im § 4_2 keine prozessuale Frage erledigen, sondern die Frage des materiellen Strafr., ob und wann auf im Auslande begangene Hdlgen die D. Strafges. anwendbar seien; für diese materielle Frage ist aber, was die Nr. 2 u. 3 betrifft, nur von Bedeutung, ob der Täter zur Zeit der Begehung der Hdlg. ein Deutscher war; so: Berlin 20. Sept. 77 O. 18 577, Binding Hb. 1 414, Finger 1 168, v. Lilienthal S. 19, v. Liszt S. 110, H. Meyer S. 119, Oppenh.-D. N. 16, v. Schwarze S. 182, v. Kries S. 8, Hamm G. 26 422; aM. Merkel S. 279, eine diesseitige Verfolgung könne gg. den Täter, der inzwischen seine Staatsangehörigkt. eingebüßt habe, nicht mehr stattfinden.

9) In den Fällen der Nr. 1 u. 2 ist abweichend von der Nr. 3 (vgl. Nr. 3 Abs. 1 u. § 5) die Verfolgbarkeit der Hdlg. von ihrer Strafbarkeit am Orte der Tat nicht abhängig gemacht, ebenso ist es gleichgültig, ob im Ausl. bereits eine strafrechtl. Verfolgung bzw. Verjährung oder Begnadigung stattgefunden hat. Vgl. jedoch §§ 7 N. 1, 37 N. 6.

Zu § 4 Absatz 2 Nr. 1. N. 10.

10) Die Ausnahmen der Nr. 1 (s. auch N. 9) betreffen V. u. V., bei denen es

Digitized by Google

gleichgültig ist, ob sie von einem Deutschen oder von einem Ausländer (N. 7) begangen sind.

a) „Hochverräterische Handlungen gegen das DR. oder einen Bundesstaat" — nicht etwa unter Ausschluß derjenigen gg. den Kaiser u. die Bundesfürsten (§§ 80, 81[1]); John HH. 3 15 f., Bisoukides Hochverrat S. 81 — d. h. die in den §§ 80 bis 86 vorgesehenen strafb. Hdlgen und nicht bloß die Fälle des Hochverr. nach §§ 80 bis 82; denn „hochverräterisch" bedeutet mit „Hochverrat in Zusammenhang stehend" oder „auf denselben abzielend"; RG. II, III 18. Juni 87 E. 16 165, Binding Hb. 1 428, Hälschner 2 734, Frank §§ 4, 5 N. III 2a, Meves S. 86, Oppenh.-D. N. 17, v. Bahr Lehrbuch S. 263, Bisoukides aO. S. 82.

b) „Münzverbrechen", bedroht durch die §§ 146, 147 und 149 (§ 43) — nicht auch Münzverg., deren Verfolgung nur gegen einen Inländer nach Maßgabe der Nr. 3 bzw. § 5 eintreten kann — gleichgültig ob sie inl. oder ausl. Geld betreffen, so daß die Verfolgung eines Ausländers wegen eines im Ausl. durch Fälschung ausländischen Geldes begangenen Münzverbr. statthaft ist. Diese Aufstellung einer sog. Weltrechtspflege ist, nach den Motiven, durch die kommerzielle und juristische Bedeutung des Geldverkehrs und Geldgebrauchs gerechtfertigt. Vgl. übrigens § 147 N. 3b.

c) „Als Beamter des DR. oder eines Bundesstaats begangene Handlungen, die nach den Gesetzen des DR. als B. oder B. im Amte anzusehen sind." (Zusatz der StGN.; s. o. N. 4.) Über den Begriff des Beamten vgl. § 359. Nach IndigenatsG. § 9 kann einem in den Dienst des DR. oder eines Bundesstaats als Beamter eintretenden Ausländer durch einen besonderen, in der Bestallung auszudrückenden Vorbehalt seine Eigenschaft als Ausländer gewahrt werden, so daß hiernach auch ein Ausländer als Beamter des DR. oder eines Bundesstaats eine strafb. Hdlg. begehen kann; Finger 1 171 N. 216, v. Bar Lehrbuch S. 264. Gleichgültig ist, ob der Beamte das B. o. B. im Ausl. während eines vorübergehenden Aufenthaltes oder während einer dienstlichen Stellung daselbst verübte; Binding Hb. 1 432. Welche Hdlgen nach den Ges. des DR. (wegen der Landesges. s. o. N. 3) als B. oder B. im Amte anzusehen sind, läßt sich nicht mit Meves S. 88 durch einen Hinweis auf T. II Abschn. 28 beantworten, weil dessen Überschr. wörtlich wiederholt sei. Frank §§ 4, 5 N. III 2b, Oppenh.-D. N. 20 u. Rubo N. 10a nehmen zwar gleichfalls an, daß, soweit das StGB. in Betracht komme, nur die im T. II Abschn. 28 vorgesehenen strafb. Hdlgen als B. o. B. im Amte anzusehen seien, rechnen aber im übrigen auch solche Delikte hinzu, welche spätere besondere Reichsgesetze als B. o. B. im Amte bezeichneten. Dieses letztere ist jedenfalls richtig, nicht aber, daß nach dem StGB. nur die strafb. Hdlgen des T. II Abschn. 28 in Betracht kommen. Abgesehen davon, daß derselbe in den §§ 333, 334, Amtsdel. überhaupt nicht enthält, so faßt der Abschn. 28 wesentlich nur diejenigen Amtsdel. zusammen, die im StGB. nach dessen System sonst keinen Platz gefunden haben; daher namentl. die eigentlichen Amtsdel. (aber auch diese nicht einmal vollständig), während uneigentliche Amtsdel., außer im Abschn. 28, je nach ihrer systematischen Stellung auch in vielen anderen Abschn. des StGB. behandelt sind. Vgl. hierüber die Noten zu T. II Abschn. 28. So: Binding Hb. 1 432, Hälschner 2 1035, Rüb.-St. N. 8, v. Bar aO. Die im Ausl. begangenen Teilnahmehdlgen sind nur gegen den Teilnehmer verfolgbar, der selbst Beamter des DR. o. eines Bundesstaats ist; Binding aO. N. 3, Oppenh.-D. N. 20.

Zu § 4 Absatz 2 Nr. 2. N. 11.

11) Die Ausnahmen der Nr. 2 (s. auch N. 9) betreffen einzelne B. o. B., die, im Ausl. verübt, nur verfolgbar sind, insofern sie von einem Deutschen (N. 7, 8) begangen wurden. Deshalb ist auch eine von einem Ausländer im Ausl. vorgenommene Teilnahmehdlg. an einem jener B. o. B., sofern sie von einem Inländer im Ausl. vorgenommen worden, keinesfalls strafbar; v. Kries ZStrW. 7 563. Ob sie strafbar sind, insofern die B. o. B. von einem Inländer im Inl. vorgenommen wurden, hängt von der Entscheidung der Frage nach dem Orte der Begangenschaft der Teilnahmehdlgen ab; vgl. § 3 N. 10.

Digitized by Google

a) „Landesverrätherische Handlungen gegen das DR. oder einen Bundesstaat", bedroht durch die §§ 87—92.

b) „Beleidigungen gegen einen Bundesfürsten". Was den Ausdruck „Beleidigungen" betrifft, so ergibt einerseits ein Blick auf die Überschr. der Abschn. 2 u. 3 des T. II „Beleidigung des Landesherrn" bzw. „von Bundesfürsten", andererseits aber auch die ratio, daß, wenn im Ausl. ausgestoßene „Beleidigungen" i. e. S. strafrechtl. verfolgbar sind, daselbst unternommene Tätlichkeiten es erst recht sein müssen, daß somit Beleidiggen nicht i. e. S. der §§ 185 ff. zu nehmen sind, sondern in dem weiteren der Abschn. 2 u. 3 des T. II; so die GM. Auch bezüglich der Auslegung des Ausdrucks „Bundesfürsten" herrscht wenigstens insoweit Übereinstimmung, daß er nicht, wie im T. II Abschn. 3, den Gegensatz zum „Kaiser" und „Landesherrn" im Abs. 2 bezeichnet, sondern diese mitumfaßt; die engere Auslegung des Ausdrucks würde in der Tat zu einem widersinnigen Ergebnis führen; so insbs. Mannheim 15. Juni 78 St. 8 65. Fraglicher ist aber, ob unter „Bundesfürsten" auch die Mitglieder der bundesfürstlichen Häuser zu verstehen seien, wie Oppenh.-D. N. 22 annimmt; mit einem gewissen Schein kann man sich hierfür — gleich wie für die Auslegung des Wortes „Beleidigung" — auf die Überschriften der Abschn. 2 u. 3 T. II und deren auch die Mitglieder der Familien der landesherrlichen oder bundesfürstlichen Häuser betreffenden Inhalt berufen. Allein es spricht dagegen die Entstehungsgeschichte sowohl der Überschr. jener Abschn. als auch des § 4 Abs. 2[2]; vgl. darüber Kommentar 5. Aufl. diese Note. Es ist deshalb anzunehmen, daß Nr. 2 nur die in den §§ 94, 95, 98, 99 mit Strafe bedrohten Hdlgen betrifft; so die GM.

Zu § 4 Absatz 2[2]. N. 12—19.

12) Die Ausnahme der Nr. 3 betrifft alle Hdlgen eines Deutschen (N. 7, 8), die — abgesehen von den Nr. 1 u. 2 — „nach den Gesetzen des DR. als V. oder V. anzusehen" sind. Obschon die Frage, welche nach Landesrecht strafb. Hdlgen als V. o. V. anzusehen seien, in Ermangelung gültiger landesrechtl. Vorschriften (§ 1 N. 2), nach reichsgesetzl. Bestimmungen (nämlich nach StGB § 1 1/2 u. MStGB. § 1) zu entscheiden ist, so hat trotzdem auch die Ausnahme der Nr. 3 an sich nur die Verfolgung im Ausl. begangener V. o. V. „nach den Strafgesetzen des DR." (vgl. die Eingangsworte des § 4), d. h. nach den auf Autorität des Reichs beruhenden Strafgesetz. (§ 3 N. 17) im Auge; aM. Hälschner I 166, die Verfolgung nach Nr. 3 könne auch auf Grund von landesstrafgesetzl. Bestimmungen stattfinden, weil die Frage, welche auf Grund landesgesetzl. Bestimmungen strafb. Hdlgen als Verg. anzusehen seien, nach reichsgesetzl. Bestimmungen zu entscheiden sei. Wegen analoger Anwendung auf das Landesstrafr. vgl. jedoch N. 3. Immerhin enthält die Nr. 3 auch in diesem beschränkteren S. die umfassendste Ausnahme von der negativen Seite des Territorialprinzips, der jedoch augenscheinlich aus redaktionellen Gründen die letzte Stelle angewiesen ist, damit die Ausnahmen von dieser Ausnahme im § 5 unmittelbar sich anschließen.

Teilnahmehdlgen eines Ausländers begangen im Ausl. zu einer solchen im Ausl. begangenen strafb. Hdlg. eines Deutschen sind strafbar, wie namentl. auch aus dem Unterabs. dieser Nr. 3 (N. 17) folgt, aus welcher der Schluß abzuleiten, daß die Bestrafung des Ausländers nur unter dieser Voraussetzung zulässig sei; v. Kries ZStrW. 7 558.

13) Durch Nr. 3 wird das Strafrecht bezüglich eines von einem Deutschen im Ausl. begangenen V. o. V., wenn es nicht der in Nr. 1 o. 2 bezeichneten Art ist, doppelt bedingt, indem es nicht nur von der Erfüllung des durch ein StrafG. des DR. erforderten Tatbestandes (wobei übrigens, falls die Strafbarkeit der Tat im Inl., wie z. B. bei der Unterschl. — § 246 N. 3 — von der Beurteilung eines zivilrechtl. Verhältnisses abhängt, das Zivilr. des Ausl. maßgebend ist; RG. I 1. Apr. 95 E. 27 135), sondern auch noch von einer zweiten Voraussetzung (N. 14) abhängt, nämlich von der Bedrohung der Hdlg. mit Strafe durch die Ges. des Orts, an welchem sie begangen ist; im Falle des Unterabs. tritt noch als dritte Bedingung (N. 17) der Antrag der zuständigen Behörde des Landes, in welchem die strafb. Hdlg. begangen worden, hinzu. Vgl. Binding Hb. I 591, Grundr. S. 85 u. Normen I 235, sowie Finger G. 50 44 f., 55 N. 20.

Digitized by Google

Die Strafbarkeit der Hdlg. am Orte ihrer Begehung bildet einen Teil der Schuldfrage, denn offenbar erachtet der Gesetzgeber in den Fällen der Nr. 3 eine Schuld für ausgeschlossen, wenn die Hdlg. am Begehungsorte straffrei gelassen ist; es findet deshalb Abs. 1 des § 266 StPO. Anwendung; so die GM., insbs. RG. I 14. Jan. 86, 30. Apr. 98, E. 13 229, 31 122; aM. Finger 1 140 N. 160.

14) Was die in allen Fällen der Nr. 3 erforderliche zweite Bedingung (N. 13) betrifft, so wird nur verlangt, daß die „Handlung" am Orte ihrer Begehung „mit Strafe bedroht" sei und zwar zweifellos schon zur Zeit der Begehung; aus welchem Gesichtspunkte ist gleichgültig, wenn es nur überhaupt ein krimineller und nicht bloß disziplinärer ist; so die GM., insbs. RG. I 9. Jan. 82 E. 5 424, München 1. Juni 74 St. 4 99. Es kann deshalb (was RG. I 3. Jan. 84 E. 9 370 unentschieden läßt) namentl. eine Hdlg., die nach dem StGB. als V. o. V. bestraft wird, auch dann verfolgt werden, wenn sie am Begehungsorte nur als Übertr. angesehen wird; so: Oppenh.-D. N. 24, v. Schwarze S. 58, auch v. Bar Lehrbuch S. 257 ff. (anders früher im InternatR. S. 554). Unter „Handlung" ist also das konkrete Ereignis zu verstehen, weshalb festzustellen ist, ob die Hdlg., wie sie auf Grund der Beweisaufnahme sich darstellt, sämtliche Tatbestandsmerkmale einer am Begehungsorte mit Strafe bedrohten Straftat enthält; so RG. IV 14. Jan. 87 E. 15 221 (es genüge deshalb die Feststllg., daß an dem ausl. Begehungsorte „Beamtenbestechung" mit Strafe bedroht sei, nicht). Hervorzuheben ist aber, daß selbst ein mit dem inl. G. wörtlich übereinstimmendes ausl. G. nicht immer denselben Tatbestand trifft; gilt die Strafandrohung des DG. nur der Verletzung inl. Rechtsgüter, die des ausl. G. nur derjenigen ausl. Rechtsgüter, so kann bei einem Angriffe auf letztere § 4[3] keine Anwendung finden; Binding Hb. 1 435 N. 2, Rubo N. 18; dementsprechend erachtete RG. III 29. Apr. 89 E. 19 192 auf Zolldelikte die Voraussetzung des § 4[3], daß gg. Deutsche Zollges. verübte Vergehen nach Niederl. R. mit Strafe bedroht seien, nicht für zutreffend (im übrigen vgl. N. 9 u. 10 zu § 3), andererseits freilich nahm das zit. RG. E. 15 221 an, daß, falls es um Bestechung sich handle, die Beamteneigenschaft nach dem inl. R. maßgebend sei und deshalb nicht zu fragen sei, ob die Tat strafbar wäre, wenn sie gegen einen niederländ. Eisenbahnbediensteten gerichtet gewesen, sd. vielmehr, ob sie nach niederländ. Strafr. mit Strafe bedroht sei, wenn sie gg. eine Person gerichtet wurde, die dem Rechtsbegriffe des btr. Art. des niederländ. StGB. genüge u. die von ihr geforderte Hdlg. als Amtshdlg. vornehmen solle; hiergegen als zu weit gehend v. Bar Lehrbuch S. 247 N. 10. Auch München OLG. 11. März 97 EOLG. München 9 285 nimmt an, daß die im Ausl. vorgenommene Bestechg. eines ausl. Beamten nach den Strafgesetzen des DR. verfolgt werden könne; dies dürfte sehr bedenklich sein; vgl. die hiermit zusammenhängende Streitfrage E. II Abschn. 6 N. 1.

15) Über die Form der Erhebung des auswärtigen Rechtes schreibt die StPO. nichts vor; es wird deshalb immer nur auf die Richtigkeit des Resultates an sich ankommen, gleichgültig, ob es durch diplomatische Vermittelung, durch Ersuchen eines ausl. Gerichts oder einer anderen Behörde, durch eigene Einsicht der betreffenden Gesetze oder durch Vernehmung eines Kenners des auswärtigen Rechts als Sachverständigen gewonnen wird. Da übrigens die Revision nach StPO. § 376 auf die Verletzung eines Gesetzes, d. h. auf die Nichtanwendung bzw. nicht richtige Anwendung einer Rechtsnorm gestützt werden kann, und nach EGzStPO. § 7 i. S. der letzteren, Gesetz „jede Rechtsnorm", also auch eine ausl. ist, so ist die Revision wegen unrichtiger Anwendung des ausl. Rechtes zulässig; so die GM., insbs. RG. III 21. Feb. 84 E. 10 285.

16) Aus dem Erfordernisse der Bedrohung der Hdlg. mit Strafe am Begehungsorte ergibt sich, daß die Verfolgung — abgesehen von den in Nr. 1 u. 2 bezeichneten V. u. V. — wegen solcher Hdlgen unzulässig ist, die in einer unzivilisierten Gegend oder auf staatenlosem Gebiet, wie dem offenen Meere, für welche keine Strafgesetze existieren, begangen sind, selbst gegen Deutsche; so: Motive z. StGB. Art. 1 § 4, Beling S. 21, Geyer 1 96, Hälschner 1 167 N. 1, Lucas S. 41, Schütze S. 59 N. 14, Frank §§ 4, 5 N. III 3b, Oppenh.-D. N. 24a, Rüd.-St. N. 10 und „nach dem Wortlaute des StGB." auch Berner

Digitized by Google

§ 127 N. 1, endlich namentl. in Anwendung auf die Orte, in denen es kein zivilisiertes Strafr. gibt, v. Hippel DJZ. 2 212; aM.: Binding Hb. 1 436 (auf Grund berichtigender Auslegung), Finger 1 170, v. Liszt S. 109 N. 9 (der zu Unrecht auf KonsulargerichtsbarkeitsG. § 77 sich beruft), Meves S. 92, H. Meyer S. 122, Fuld GS. 42 36, 45 248, v. Bar Lehrbuch S. 58.

Die unterseeischen Telegraphenkabel außerhalb der Küstengewässer genießen strafrechtlichen Schutz nur zufolge des Internat. Vertrages v. 14. März 1884 sowie des G. v. 21. Nov. 1887 (RGBl. 1888 S. 151, 169); aM. Binding Lb. 2 48 N. 2, der Schutz habe ihnen schon früher auf Grund der §§ 3, 4 zugestanden.

17) Der Unterabsatz der Nr. 3 gestattet „eine wirkliche Rückanwendung der Deutschen Strafgesetze", insofern D. Strafges. auf Delikte angewendet werden, die z. B. ihrer Begehung, als von damaligen Ausländern verübt (N. 12, insbs. Abs. 2), noch nicht darunter fielen; Binding Hb. 1 439.

Der Ausdruck „Täter" ist hier, wie im § 3 (das. N. 16), sachlich auch von den „Teilnehmern" zu verstehen; v. Kries ZStrW. 7 559.

Übrigens findet, wie namentl. aus der Bedingung der Verfolgbarkeit durch einen Antrag (N. 18) sich ergibt, die im Unterabs. getroffene Bestimmung nur dann Anwendung, wenn ein einzelner Ausländer demnächst die Reichsangehörigkeit erwirbt, nicht aber auch in dem Fall, wenn ein fremdes Staatsgebiet Teil des RGebietes wird, in welchem Falle § 2_2 Platz greift; so: Oppenh.-D. N. 29, v. Bar Lehrbuch S. 261; aM. Binding Hb. 1 439 N. 6.

18) Was den „Antrag" der zuständigen ausländischen Behörde, als dritte Bedingung des Strafrechts (N. 13), betrifft, so ist er, wie die Entstehungsgeschichte dieses Unterabs. und speziell des zweiten S. ergibt (N. 4), von dem in den §§ 61 ff. behandelten Antrage des Verletzten ganz verschieden, so daß die dort gegebenen Grundsätze auf ihn keine Anwendung finden. So: RG. IV 30. Sept. 87 E. 16 216, Lucas S. 40 N. 4, Schütze S. 170 N. 12, Frank §§ 4, 5 N. III 3b, Oppenh.-D. N. 32, auch Binding Hb. 1 439, 591 u. Grundr. S. 85. Anders jedoch die überwiegende M.

Für den Antrag ist diejenige „Behörde des Landes zuständig", welche nach deren Verfassung auf Grund des Völkerr. bzw. nach abgeschlossenen Staatsverträgen im internationalen Verkehr zur Antragstellung von Staat zu Staat berechtigt erscheint; zit. RG. E. 16 216, Binding Hb. 1 438, Oppenh.-D. N. 31, v. Schwarze S. 59.

19) Falls der Unterabs. der Nr. 3 zur Anwendung kommt, ist nicht bloß festzustellen, ob die Hdlg. am Begehungsorte überhaupt strafbar, sondern auch ev. mit welcher Strafe sie zu belegen bzw. ob sie mit Strafe zu verschonen war, da — der einzige Ausnahmefall der Anwendung ausl. Strafrechts durch einen inl. Richter — „das ausländische Strafgesetz anzuwenden ist, soweit dasselbe milder ist".

Indem übrigens davon auszugehen sein wird, daß der Ausdruck „soweit" nur ein ungenauer und gleichbedeutend mit „wenn" ist, gilt dasselbe wie bei § 2_2 (das. N. 14 ff.).

Weitere Ausnahmen neben § 4 Absatz 2. N. 20, 21.

20) Neben die Ausnahmen von der negativen Seite des Territorialitätsprinzipes, welche § 4_2 enthält, treten noch andere Ausnahmen, von denen hier hervorzuheben sind:

a) Aus dem StGB. selbst kommen §§ 102 u. 298, auch § 140^1 hinsichtlich seiner zweiten Alternative in Betracht.

b) Über die durch Vorschriften des MStGB. begründeten Ausnahmen vgl. Kommentar 5. Aufl. diese Note unter b.

c) Nach dem G. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. April 1900 § 19 Nr. 2 gelten in den Konsulargerichtsbezirken für die der Konsulargerichtsbarkeit unterworfenen Personen, soweit nicht in dem G. (vgl. §§ 49 ff.) ein anderes vorgeschrieben ist, „die dem Strafrecht angehörenden Vorschriften der Reichsgesetze". Nach eben diesem G. (das. § 79) bestimmt sich aber auch das „Strafrecht" für die D. Schutzgebiete gemäß § 3 des SchutzgebietsG. i. d. Fassung v. 10. Septbr. 1900. Hiernach haben in diesen Gebieten begangene strafb. Hdlgen Deutscher bzw. D. Schutzbefohlener die gleiche Wirkung, als seien sie in ausschließlich

Digitized by Google

D. Gewaltgebiet, d. h. im Inlande, verübt worden (§ 91 N. 1); RG. FS. 25. Juli 94 E. 26 97, Binding Hb. 1 411, Finger 1 167, H. Meyer S. 119, Oppenh.-D. §§ 4 N. 5, 8 N. 3, Rüd.-St. § 3 N. 9, Fuld GS. 42 37; vgl. dagegen Frank § 8 N. 1 u. DJZ. 1 130 f.

d) Weitere Ausnahmen enthält das G. btr. Flaggenrecht der Kauffarteischiffe v. 22. Juni 1899 § 24.

21) In allen in N. 20 bezeichneten Ausnahmefällen steht die Verfolgung nicht, wie im Falle des § 4_2 (Nr. 6), im Belieben der StAschaft, sie muß vielmehr, ev. nach Stellung des erforderlichen Strafantrages, eintreten; vgl. Löwe-H. StPO. § 152 N. 5 b. Das gilt namentl. auch in den Fällen N. 20 b, die gleichfalls für die StAschaft Bedeutung erlangen können; Hecker G. 30 114 u. Abhdlgen S. 49.

§. 5.

Im Falle des §. 4 Nr. 3 bleibt die Verfolgung ausgeschlossen, wenn

1) von den Gerichten des Auslandes über die Handlung rechtskräftig erkannt und entweder eine Freisprechung erfolgt oder die ausgesprochene Strafe vollzogen,
2) die Strafverfolgung oder die Strafvollstreckung nach den Gesetzen des Auslandes verjährt oder die Strafe erlassen, oder
3) der nach den Gesetzen des Auslandes zur Verfolgbarkeit der Handlung erforderliche Antrag des Verletzten nicht gestellt worden ist.

PrStGB. § 4 Nr. 3. Entw. I § 4 Nr. 3, II § 5. StB. S. 176, 1141.

Zu § 5 Eingang u. Nr. 1–3. N. 1, 2.

1) § 5 enthält die auf Billigkeitsgründen beruhenden Ausnahmen von der Regel der Nr. 3 des § 4_3, die freilich selbst wieder als Ausnahme von der Regel des § 4_1 sich darstellt (das. N. 5, 12). Der rechtliche Charakter der Ausnahmen des § 5 geht dahin, daß trotz des an sich nach § 4^3 begründeten Strafrechts (§ 4 N. 13) dennoch das Strafverfolgungsrecht ausgeschlossen sein solle.

Während § 4_3 die Verfolgung im Ausl. begangener V. u. V. nach dem Strafgef. des DR. gestattet, bleibt nach § 5 — beim Vorliegen einer der in den Nr. 1—3 aufgestellten Voraussetzungen — „die Verfolgung ausgeschlossen". Bleibt aber nur die Verfolgung ausgeschlossen, so nicht die Verurteilung, wenn jene einmal begonnen hat; durch den nach ihrem Beginne sich vollziehenden Eintritt von Ereignissen der im § 5 bezeichneten Art kann die eingetretene Verfolgung nicht gehemmt werden, was überdies zu unannehmbaren Folgerungen führen würde; so RG. III 8. Feb. 92 E. 22 341 (namentl. btr. Verjährung), Finger 1 171 N. 214 u. G. 50 45 f., v. Liszt S. 110, Oppenh.-D. N. 14, 15, Lippmann BöhmsZ. 2 449; aM.: Binding Hb. 1 445 N. 15, Frank §§ 4, 5 N. III 3 bβ i. V. mit N. II, Rubo N. 12, 13, Rüd.-St. N. 1, Beling ZStrW. 18 269, während Hälschner 1 168 inkonsequent eine Mittelmeinung dahin vertritt, daß eine im Inl. begonnene Strafverfolgung zwar durch einen späteren Gnadenakt, nicht aber durch eine später erfolgende Vollendung der Verjährung gehemmt werde.

Wegen der Folgen der Zurücknahme des Strafantrages (Nr. 3) s. N. 8.

2) Der Grund für den Ausschluß der Verfolgung liegt teils in gewissen Maßnahmen der „Gerichte des Auslandes" (Nr. 1), steht teils aber im Zusammenhang mit Bestimmungen der „Gesetze des Auslandes" (Nr. 2, 3). Wenn nun auch das „Ausland" den Gegensatz zum „Inland" (§ 8) bildet, und somit an sich als „ausländische" Gerichte bzw. Gesetze alle solche, die nicht „inländische" sind, sich darstellen, so ist doch aus dem Zusammenhang des § 5 mit den vorhergehenden gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, daß jener nur die Gerichte u. Gesetze desjenigen ausl. Staates im Auge habe, in welchem der Begangenschaftsort liegt. Bestätigt wird diese Auffassung durch die Motive, die von den „Gerichten des Ausl., dessen Rechtsordnung zunächst durch die Tat des Inländers verletzt werde", sprechen. Gesetze ꝛc. ausl. Staaten, die aus anderen Gesichtspunkten eine

Digitized by Google

Strafgewalt über die Hdlg. in Anspruch nehmen, bleiben somit außer Betracht. So: Binding Hb. I 444, Frank §§ 4, 5 N. III 3b α, Oppenh.-D. N. 1, 7. AM.: Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 2, Lammasch GS. 41 14 N. 5.

In welchem ausl. Staate die Hdlg. begangen ist, bestimmt sich nach den allg. Grundsätzen (vgl. insbs. § 3); deshalb kann möglicherweise eine Hdlg. in mehreren ausl. Staaten begangen sein und kommen in solchem Falle die Gerichte bzw. Gesetze dieser sämtlichen Staaten konkurrierend in Betracht; nicht recht verständlich erscheint hiernach die Annahme von Binding Hb. aO., § 5 denke, daß nur ein solcher Staat existiere.

Übrigens sind die „Gerichte des Ausl." nicht gleichbedeutend mit „Gerichten im Ausl.", d. h. mit Gerichten außerhalb des D. Reichsgebietes (des sog. Staatenlandes); denn inl. Gerichte sind alle solche, welche die D. Gerichtsbarkeit ausüben, gleichgültig, wo sie domiziliert sind und wo sie Recht gesprochen haben, also namentl. auch die D. Konsulargerichte und die über die Landesgrenze gerückten Militärgerichte. Den Gegensatz aber zu den inl. Gerichten in diesem S. bilden die „Gerichte des Ausl.", die in einem fremden Staate Jurisdiktionsvollmacht haben. In ähnlicher Weise handelt es sich bei dem Gegensatze inl. und ausl. „Gesetze" um den Gegensatz der gesetzgebenden Gewalt des Reiches sowie der Bundesstaaten einerseits und der fremden Staaten andererseits. So Binding Hb. I 412 f.

Zu § 5 Nr. 1. N. 3—5.

3) Nr. 1 beruht auf dem Grunde, daß billigerweise auch gegenüber ausl. Strafurteilen der prozessuale Grundsatz „ne bis in idem" wenigstens in beschränkter Weise Platz greifen müsse. Wesentlich den Grundsätzen des D. Strafprozeßr. entsprechend wird deshalb vorausgesetzt, daß von den Gerichten des Ausl. über die Hdlg. rechtskräftig erkannt sei.

a) Als „Gerichte" des Ausl. (N. 2) können nur solche Behörden angesehen werden, welche dem Begriffe unserer Auffassung nach entsprechen, d. h. in der Ausübung ihrer Amtstätigkeit gesetzlich unabhängige Behörden, die nach Rechtsgrundsätzen entscheiden; aM. Rubo N. 2, die Organisationsbestimmungen des btr. ausl. Staats seien maßgebend. Polizei- u. Verwaltungsbehörden kommen sonach nicht in Betracht, auch dann nicht, wenn die Entscheidung nach den Gesetzen des Auslandes ausschließlich diesen Behörden zusteht; das StGB. hat eine Ausnahme nicht gemacht; so: Binding Hb. I 444 N. 11, Rubo N. 2; aM. btr. eines solchen Falles Oppenh.-D. N. 6 sowie allgemein Frank §§ 4, 5 N. III 3b α u. Rüd.-St. N. 3. Gleichgültig ist dagegen, welche Gerichte des Ausl. erkannt haben, insbs. auch ob der ausl. Richter mit Recht oder Unrecht sich für zuständig erachtet hat; Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 3.

b) „Über die Handlung" muß durch ein ausl. Gericht erkannt sein; hiernach ist die Frage, ob solches der Fall sei, nach denselben Grundsätzen zu lösen, nach welchen im Prozeßr. überhaupt das „bis in idem" zu beurteilen ist. Demgemäß ist es gleichgültig, ob bei der Aburteilung durch die Gerichte des Ausl. erhebliche Tatumstände unbekannt geblieben oder übersehen worden sind; Hälschner I 167, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 4.

c) Über die Handlung muß „erkannt" sein, weshalb es zur Abwendung der Verfolgung im Inl. nicht genügt, wenn nur ein die strafrechtl. Verfolgung im Ausl. einstellender Beschluß erlassen (Hälschner I 167), oder eine Strafe etwa auf Grund eines, sei es auch gerichtlichen, Strafbefehls vollzogen wurde; es entspricht dieser letztere Punkt dem D. Prozeßr. nach Auffassung der Rechtspr. des RG.

d) Endlich muß „rechtskräftig" erkannt sein. Wann dieses der Fall ist, läßt nur nach denjenigen Prozeßgesetzen sich beurteilen, auf Grund welcher das Urteil gefällt ist.

4) Das rechtskräftige Erkenntnis eines ausl. Gerichtes über dieselbe Sache ist nicht durchweg geeignet, den Einwand des ne bis in idem zu begründen, sondern nur unter einer weiteren alternativen Voraussetzung.

a) Entweder muß „Freisprechung" erfolgt sein, weshalb die bloße Einstellung des Verfahrens nicht genügt, auch dann nicht, wenn sie der Rechtskraft fähig ist, bzw. wenn sie in Form eines Urteils ergeht; so: Binding Hb. I 445, Oppenh.-D. N. 9; aM. v. Bar Lehrbuch S. 229. Eine sog. vorläufige Freispr. (Freisprechung von der Instanz) ist dagegen an

Digitized by Google

sich eine „Freisprechung“ (so Rubo 7, auch wohl v. Bar aO. S. 228; aM. Binding u. Oppenh.-D. aO.), die Frage aber, ob sie als „rechtskräftiges Urteil“ anzusehen sei, kann nur nach der btr. ausl. Prozeßgesetzgbg. entschieden werden (N. 3d); aM. Rüd.-St. N. 4, der die Rechtskraft verneint.

b) Oder es muß „die ausgesprochene Strafe vollzogen sein“, d. h. die bloße Verurteilung genügt an sich nicht. Eine „Strafe“ ist auch dann ausgesprochen, wenn nur auf eine sog. außerordentliche Strafe erkannt wurde; Hälschner I 168, Oppenh.-D. N. 9, v. Schwarze N. 5. „Vollzogen“ ist aber die „ausgesprochene Strafe“ nur, wenn sie ganz zur Vollstreckung gekommen ist (soweit sie überhaupt einer solchen bedarf und die Wirkungen nicht von selbst eintreten), während, wenn noch die Verbüßung eines Strafrestes aussteht, eine Verfolgung im Inl. — unter Beobachtung des § 7 — stattfinden kann; RG. II 15. Nov. 87 E. 16 319, Binding Hb. I 444, Finger I 171 N. 215. Anders dagegen, wenn die „Vollstreckung der Reststrafe verjährt“ oder die „Reststrafe erlassen“ sein sollte (Nr. 2 des § 5); Binding Hb. aO., Hälschner I 168, H. Meyer S. 124, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 5. Eine Ausnahme hiervon enthält übrigens § 37 (das. N. 2).

5) Liegt die allg. Voraussetzung der N. 3 und eine der beiden besonderen Voraussetzungen der N. 4 vor, so ist die Verfolgung nach den Strafges. des DR. unbedingt ausgeschlossen. Dies gilt auch für den Fall, wenn i. S. der RStPO. die Voraussetzungen einer Wiederaufnahme des Verfahrens vorliegen, denn diese setzt ein „rechtskräftiges Urteil“ voraus, ein solches schließt aber, in Verbindung mit einer der alternativen Voraussetzungen, ein Verfahren vor den inl. Gerichten aus; aM.: H. Meyer S. 124, v. Bar Lehrbuch S. 228. Wenn dagegen das Verfahren nach der ausländischen Prozeßgesetzgbg. wieder aufgenommen wird, so entscheidet nunmehr der Ausgang des neuen Verfahrens darüber, ob die Voraussetzungen der Nr. 1 vorliegen; Rüd.-St. N. 4.

Zu § 5 Nr. 2. N. 6.

6) Die Ausnahme der Nr. 2 beruht einerseits auf der im § 66 anerkannten Billigkeit des Ausschlusses der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung durch Verjährung, andererseits auf der im StGB. auch sonst (§ 245) erfolgten Gleichstellung des Erlasses mit der Vollziehung der Strafe, insoweit also wiederum auf demselben Grunde wie Nr. 1.

a) Die „Verjährung“ soll „nach den Gesetzen des Auslandes“ beurteilt werden und zwar, nach dem N. 2 Bemerkten, nach den Gesetzen des ausl. Staates der Begangenschaft; so: Binding Hb. I 445 N. 13, Oppenh.-D. N. 13a; aM. Rubo N. 15, dem nur soweit Recht zu geben, daß die Ges. aller derj. ausl. Staaten in Betracht kommen, in denen die Hdlg. begangen ist. Neben dieser Bestimmung haben die Vorschriften der §§ 66 ff. Kraft, falls die Strafverfolgung nach inl. Ges. verjährt ist.

b) Der „Erlaß der Strafe“ muß gleichfalls nach den „Gesetzen des Auslandes“ erfolgt sein, trotzdem diese Worte nach der nicht glücklichen Fassung des in dritter Lesung angenommenen Antrages Lasker nur auf die Verjährung sich beziehen; Rubo N. 15. Die hier in Betracht kommende ausl. Gesetzgbg. ist lediglich diejenige des Staates, durch dessen Gerichte die Verurteilung ausgesprochen wurde; Organe eines anderen Staatswesens sind zum Erlasse nicht befugt. Je nach Lage der betreffenden Gesetzgbg. ist der Erlaß von Begnadigung, Abolition oder Amnestie zu verstehen; denn der Wortausdruck „die Strafe erlassen“ nötigt, wie die Entstehungsgeschichte des § 5 ergibt, keineswegs dazu, den Erlaß nur hinsichtlich „erkannter Strafen“ zu verstehen; statt der Wortfassung des Entw. II· „wenn die ausgesprochene Strafe vollzogen, verjährt oder erlassen ist“, wurde nämlich, wie einer der Antragsteller ohne Widerspruch bemerkte, die jetzige Fassung hauptsächlich deshalb vorgeschlagen, um die Verfolgung im Inlande auszuschließen, „wenn entweder durch ein Abolitionsgesetz oder durch einen besonderen Gnadenakt im Auslande Amnestie erteilt worden“ (StB. S. 176); so die GM. Andererseits ergibt sich hieraus aber nicht, daß Privaterlasse nicht Berücksichtigung finden sollten; mangels einer in der Nr. 2 enthaltenen Beschränkung wird deshalb die Verfolgung im Inl. auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Privater in einer nach den Gesetzen des Ausl. wirksamen Weise die Strafe erlassen hat, wobei auch hier sowenig wie bei einem öffentlichen Gnadenakt

Digitized by Google

etwas darauf ankommt, ob der Erlaß vor Fällung eines Urteils oder nach einer Verurteilung zu Strafe erfolgte; so: Binding Hb. I 445 N. 14, Rubo N. 15, v. Schwarze N. 6; aM. Oppenh.-D. N. 16.

Die „Verjhrg. d. Strafvollstrckg." und der „Erlaß der Strafe" werden übrigens nicht notwendig die ganze Strafe zu betreffen brauchen, um die Verfolgung im Inl. auszuschließen, dann nämlich nicht, wenn der nichtverjährte bzw. der nichterlassene Teil der Strafe verbüßt ist, also eine Ergänzung mit einer wenigstens teilweisen Vollziehung (Nr. 1) stattgefunden hat. War dagegen im Gnadenwege nur ein Teil der Strafe erlassen worden, die Vollziehung des Strafrestes aber z. B. durch die Flucht des Verurteilten unterblieben, so steht seiner Verfolgung im Inl. nichts entgegen. Das erfordert die Konsequenz aus Nr. 1.

Zu § 5 Nr. 3. N. 7, 8.

7a) Ob „nach den Gesetzen des Auslandes" ein Antrag des Verletzten zur Verfolgbarkeit der Hdlg. erforderlich sei, ist nach dem Rechte des btr. ausl. Staates (Abs. 2) zu beurteilen; Frank §§ 4, 5 N. III 3bγ, Rüb.-St. N. 6. Dies gilt namentl. von der Frage, wer als Verletzter anzusehen sei; Binding Hb. I 445f.; desgl. von der Frage, ob der Antrag rechtzeitig gestellt sei, bzw. ob überhaupt eine Antragsfrist erfordert werde; RG. II 9. Apr. 95 E. 27 161. Da es aber um die Verfolgung eines Deutschen vor D. Gerichten sich handelt, muß der Antrag auch an eine D. Behörde gerichtet werden, und zwar in den Formen, die das Reichsrecht voraussetzt; ob die durch das ausl. R. vorgeschriebenen Formen beobachtet sind, ist gleichgültig; so zit. RG. E. 27 161; aM. Frank aO.

b) Falls die Gerichte mehrerer ausl. Staaten nach deren Gesetzgebung nebeneinander zur Strafverfolgung zuständig sind (N. 2_3), bedarf es der Unterscheidung, ob die Verfolgbarkeit der Hdlg. in allen oder nur in einigen dieser Staaten an die Bedingung der Stellung eines Strafantr. seitens des Verletzten geknüpft ist. Im letzteren Falle erscheint die Strafverfolgung im Inl. ohne weiteres zulässig; denn es ist alsdann nicht nach „den Gesetzen des Ausl.", d. h. nach den Ges. aller in Betracht kommender ausl. Staaten, sondern nur nach den Ges. einzelner ein Strafantr. erforderlich. Im ersteren Falle muß es aber genügen, wenn seitens des Verletzten auch nur ein Antrag bei der zuständigen Behörde eines Staates gestellt ist, da hierdurch der Wille des Verletzten, daß der Täter bestraft werde, kundgegeben und ein Weiteres durch die Natur des Strafantr. nicht verlangt wird.

8) Ein Antrag ist „nicht gestellt worden", sowohl wenn er überhaupt nicht, als auch wenn er nicht seitens des Berechtigten rechtzeitig in gültiger Weise gestellt wurde. Da aber der Sinn der Nr. 3 dahin geht, daß beim Fehlen des nach ausl. Rechte erforderlichen Strafantr. eine Verfolgung im Inl. überhaupt ausgeschlossen sein solle, so ist die gültige Zurücknahme eines gestellten Strafantr. der Nichtstellung gleichzuachten; Oppenh.-D. N. 19, Rubo N. 16.

Über die analoge Anwendung der Nr. 3 auf die Frage nach dem Erfordernisse eines Antrages beim Wechsel der Gesetzgebung vgl. § 2 N. 20.

§. 6.

Im Auslande begangene Uebertretungen sind nur dann zu bestrafen, wenn dies durch besondere Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist.

PrStGB. § 4 Abs. 3. Entw. I § 4 Abs. 3, II § 6.

1) Die Schwierigkeiten, welche die Auslegung dieses §. bietet, lösen sich, sobald man seinen Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften sich vergegenwärtigt. Wie in § 4 N. 1 hervorgehoben wurde, behandeln die §§ 4—6 die negative Seite des Territorialitätsprinzips im Gegensatz zu dem dessen positive Seite btr. § 3. Gleich diesem beziehen sich auch die §§ 4—6 nur auf die Strafges. des DR.; vgl. § 4 N. 2 f., insbs. auch btr. analoger Anwendung auf Landesstrafgesetze.

Der § 6 schließt einerseits an $§ 4_1$ sich an, insofern er die Regel aufstellt, daß „im Ausl. begangene Übertretungen nicht zu bestrafen" seien, andererseits aber an $§ 4_2$, insofern er die Ausnahme zuläßt, daß dies im Falle der „Anordnung durch

Digitized by Google

besondere Gesetze (vgl. SeemannsO. § 121 btr. der in den §§ 93—119 bezeichneten Übertr.) oder durch Verträge" dennoch geschehen könne. Regel und Ausnahme beziehen sich aber ausschließlich auf Übertr., welche durch Strafgesetze des DR. mit Strafe bedroht sind. Hinsichtlich dieser Übertretungen abweichende Bestimmungen zu treffen, kann der Landesgesetzgbg. nicht zustehen; ebensowenig kann aber die Ausführung des § 6 — mangels einer bezüglichen Gestattung — durch die Landesgesetzgbg. geschehen. Der Erlaß der besonderen Ges. oder die Abschließung von Verträgen, nach welchen durch Reichsges. bedrohte Übertr., auch wenn sie im Ausl. begangen sind, strafbar sein sollen, erscheint aber als eine Ausführung des § 6. Es kann deshalb jene Anordnung nur von Reichs wegen getroffen werden. So sagen die Motive in dieser Beziehung mit Recht, „daß die Regelung der internationalen Beziehungen auch auf dem Gebiete der Rechtspflege vorzugsweise dem Bunde zufallen wird". Soweit aber Übertr. durch in gültiger Fortdauer bestehende Landesges. mit Strafe bedroht sind, können abweichende Grundsätze über die Bestrafung von im Ausl. verübten Übertr. völlig frei — und deshalb auch durch generelle Gesetze (aM. Rüd.-St. N. 4) — seitens der Bundesstaaten aufgestellt werden, und die Landesregierungen sind insoweit auch zum Abschluß von Staatsverträgen befugt, bzw. haben die bestehenden Verträge insoweit Geltung behalten; v. Bar Lehrbuch S. 275.

2) Die Ansichten der Theorie über die Tragweite des § 6 gehen auseinander. Hälschner I 166, 179, v. Wächter S. 89, Frank N. II u. Rüd.-St. N. 4 nehmen an, daß die einzelnen Bundesstaaten die in § 6 bezeichneten Anordnungen bezüglich der Übertr. sowohl nach Landes- wie nach Reichsstrafr. durch Gesetze oder Verträge treffen könnten. Die richtige Meinung vertreten Binding Hb. I 437, H. Meyer S. 122, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 4 u. v. Bar Lehrbuch S. 274 N. 30 dahin, daß nur in Ansehung der landesgesetzlich rechtsgültig aufgestellten Übertr. auch Landesges. (bzw. Verträge) die in § 6 beregte Anordnung treffen können; auch Köhler SeuffBl. 68 95, der jedoch annimmt, daß § 6 bestehende völkerrechtl. Verpflichtungen der Einzelstaaten nicht habe brechen wollen. Vgl. noch § 4 N. 2.

§. 7.

Eine im Auslande vollzogene Strafe ist, wenn wegen derselben Handlung im Gebiete des Deutschen Reichs abermals eine Verurtheilung erfolgt, auf die zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 7.

1) Die „Vollziehung einer Strafe im Auslande" ganz im allgemeinen ist die Voraussetzung für die Anwendung dieses §. Er bezieht sich nicht nur auf die Fälle, wenn die strafb. Hdlg. im Ausl. begangen ist und in denen deshalb die §§ 4—6 zur Anwendung zu bringen sind, sondern ebenso auf die Fälle, in denen wegen im Inl. begangener strafb. Hdlgen im Ausl. eine Strafe vollzogen wurde, sei es, daß der Täter Angehöriger eines auswärtigen Staates war, oder daß er aus anderen Gründen daselbst strafrechtlich verfolgt wurde; Binding Hb. I 440, 442, Rüd.-St. N. 4. Gleichgültig ist, wie bei § 5[1] (das. N. 3a), ob der ausl. Richter mit Recht oder Unrecht sich für zuständig erachtete. Was die Vollziehung der Strafe betrifft, so kommt es hier, nach dem gesetzgeberischen Grunde für die Bestimmung sowie nach der ausdrücklichen Bemerkung der Motive nicht, wie im § 5[1] (das. N. 4b), auf eine vollständige Vollziehung der Strafe an, im Gegenteil findet § 7 namentl. auch dann Anwendung, wenn die von den Gerichten des Ausl. rechtskräftig erkannte Strafe nur teilweise vollzogen ist.

2) Die Anwendung des § 7 bleibt aber ausgeschlossen, wenn eine Strafe zwar auch im Ausl. tatsächlich „vollzogen" wurde, aber nicht auf Grund eines ausl., sondern eines inl. Urteils, wegen dessen Vollstreckung die ausl. Behörden ersucht worden waren. Vgl. die nähere Ausführung in der entsprechenden N. der 6. bzw. 5. Aufl.

Umgekehrt ist § 7 aber dann für anwendbar zu erachten, wenn die Vollziehung zwar nicht im Ausl., sondern auf Ersuchen eines auswärtigen Staats im Inl. erfolgte.

Digitized by Google

3) Die Anrechnung ist vorgeschrieben, nicht bloß, wie im § 60 (das. N. 7), gestattet. Dagegen ist anzunehmen, daß, obschon im § 7 von der Anrechnung auf die „zu erkennende", im § 60 dagegen auf die „erkannte" Strafe die Rede ist, dennoch in beiden Fällen dasselbe gemeint sei, wie auch die Motive zu § 7 u. zu § 60 (das. N. 5) gleichmäßig von der Anrechnung auf die zu „erkennende" Strafe sprechen. Ersichtlich sind beide Wendungen gleichbedeutend gebraucht. Wird aber berücksichtigt, daß es um eine „Anrechnung" sich handelt, die naturgemäß einer bereits feststehenden Größe gegenüber zu geschehen hat, so erscheint der Ausdruck „Anrechnung auf die erkannte Strafe" als der korrektere. Entspricht es aber dem Sinne des Ges., wenn zunächst die Strafe selbständig nach den zutreffenden ausl. Ges. erkannt, darauf aber die im Ausl. vollzogene Strafe in Anrechnung gebracht wird, so enthält ein entgegenstehendes Verfahren die unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm (StPO. § 376). Die zunächst erkannte und nicht die durch Anrechnung verringerte Strafe kommt für die Bestimmung der Verjährungsfrist der Strafvollstreckung in Betracht; § 70 N. 8.

4) Der Vollziehung der Strafe „im Auslande" wird die abermalige „Verurteilung" wegen derselben Hdlg. „im Gebiete des DR." gegenübergestellt. Auch hier bilden also, wie in den vorhergehenden §§ 3—6 (vgl. § 3 N. 1) Reichs-Inland und -Ausland den Gegensatz. Allein § 7 spricht nicht davon, auf Grund welchen Rechtes — ob auf Grund von Reichs- oder Landesstrfr. — die Verurteilung innerhalb des Reichsgebietes erfolgt sei. § 7 legt darauf kein Gewicht und zwar deshalb nicht, weil es ihm nicht darauf ankommt, zu regeln, nach welchem Strafges. die Verurteilung auszusprechen sei, sondern vielmehr einen das strafprozessuale Gebiet berührenden Grundsatz aufzustellen, der das sonst von der Verhandlung und Verurteilung zu verstehende ne bis in idem wenigstens unbedingt, d. h. auch außerhalb des Falles des § 5[1] in V. mit § 4[3], für den Fall einer im Ausl. bereits stattgehabten Strafvollziehung angewandt wissen will. Die in diesem Sinne getroffene Bestimmung läßt eine Abweichung seitens der Landesgesetzgbg. nicht zu; jedes abweichende LandesG. würde mit § 7 sich direkt in Widerspruch setzen und deshalb nach RV. Art. 2 nichtig sein. Somit ist § 7 gleich sehr und gleich unbedingt maßgebend, mag die abermalige Verurteilung auf Grund Reichsrechts oder Landesrechts erfolgen. So: Hälschner 1 179, Rüd.-St. N. 2. AM. Binding Hb. 1 401, der § 7 beschäftige sich nur mit dem Gegensatz von Reichsr. u. ausl. R., Köhler Seuffbl. 68 96.

5) In welcher Weise eine im Ausl. vollzogene Strafe auf die im Inl. erkannte Strafe in Anrechnung zu bringen ist, bestimmt § 7 nicht und konnte es auch nicht bestimmen, da es unmöglich erscheint, sämtliche nach den ausl. Ges. zulässigen Strafarten mit den durch das StGB. zugelassenen Strafarten in ein bestimmtes Verhältnis zu bringen; vgl. RG. IV 17. Dez. 01 E. 35 41, das die Grundsätze erörtert, nach denen die Anrechnung vorzunehmen, wenn die Auslandsstr. zugleich wg. anderer Handlungen erkannt ist und wenn die ausl. Strafart dem inl. Straffystem fremd ist. Hinsichtlich der Art der Anrechnung hat deshalb der Richter nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu entscheiden, ohne durch Rechtsregeln gebunden zu sein; so: Binding Hb. 1 442, Hälschner 1 168, Frank N., Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 4, auch das zit. RG. E. 35 41 mit der Einschränkung, daß bei Schätzung des ausl. Strafübels und Umsetzung in ein inl. Äquivalent der aus der Vergleichung des ausl. mit dem inl. Straffystem sich ergebende Maßstab nicht außer acht zu lassen sei; aM. Berner S. 261 u. im Anschluß an ihn Lammasch GS. 41 7 sowie Rubo N. 7, die alle gewisse Rechtsprinzipien aufstellen, deren Verletzung ev. mit der Revision verfolgbar sein würde. Ist der Richter in der Lage, das Verhältnis des Straffystems der in Betracht kommenden ausl. Gesetzgebung zu dem inl. System zu übersehen (vgl. Olshausen Vorbestr. S. 38 ff.), so wird er angemessenerweise bei ungleichartigen Freiheitsstr. die Anrechnung nach dem im § 21 angegebenen Maßstabe vornehmen und beim Vergleiche von Geld- mit Freiheitsstr. nach Analogie des § 29 verfahren; Binding Hb. 1 443. Die Anrechnung kann auch in dem Umfange geschehen, daß die erkannte Strafe für völlig getilgt erachtet wird, sonach im Inl. eine Strafe nicht

Digitized by Google

mehr zu vollziehen ist; Geyer 1 96. Über die Berechnung der Zeitdauer einer in solchem Falle etwa ausgesprochenen ZulvPolAuff. vgl. § 38 N. 12_3.

6) Infolge der Anrechnung auf die zu erkennende oder richtiger erkannte Strafe kann bei Bestimmung der noch zu vollstreckenden Strafe nicht nur unter den für die betreffende strafb. Hdlg. angedrohten Strafmindestbetrag, sondern sogar unter den Mindestbetrag einer Strafart hinuntergegangen werden, denn diese Minima beziehen sich nur auf das Erkennen der Strafe (vgl. §§ 14 N. 4, 16, 17, 19, 27); Hälschner 1 168, Rüd.-St. N. 1. Hiernach kann namentl. auch auf weniger als Ein Jahr Zuchth. erkannt werden, ohne daß deshalb die Zuchthausstr. in Gefängnis umzuwandeln sein würde, da die Sondervorschrift des § 44_4 auf diesen Fall nicht analog auszudehnen ist; so: Binding Hb. 1 443 N. 6, Oppenh.-D. N. 8, Rubo N. 7; aM. v. Schwarze N. 5.

Wenn dagegen die Natur der erkannten Strafe an sich keine Anrechnung gestattet, wie die Todesstr. und die lebenslängl. Freiheitsstr., so muß § 7 notwendig außer Anwendung bleiben und es kann nicht gestattet sein, willkürliche Strafen zu substituieren; so: Binding Hb. 1 443, Frank N., Rubo N. 8, Rüd.-St. N. 3; aM. Finger 1 456.

7) Daraus, daß im Falle des § 7 zunächst die Strafe völlig unabhängig erkannt und darauf die im Ausl. vollzogene angerechnet werden muß, als ob die durch das inl. Urteil erkannte Strafe schon ganz oder teilweise vollstreckt sei, folgt, daß es bei Anwendung des § 7 immer um eine Bestrafung im Inlande sich handelt, wie sie namentl. beim Rückfall von Erheblichkeit ist (vgl. § 244); Olshausen Vorbestr. S. 97. Soweit die im Ausl. vollzogene Strafe auf die erkannte Strafe in Anrechnung gebracht ist, muß diese für „verbüßt" erachtet werden, was für die Zeitdauer des VbER. (§ 32 N. 10) von Wichtigkeit ist; Oppenh.-D. § 23 N. 5.

8) Über die analoge Anwendung des dem § 7 zugrunde liegenden Prinzips, falls im Inl. eine Strafe rechtskräftig festgesetzt ist und wegen derselben Hdlg. — unter Ausschluß des Grundsatzes ne bis in idem — im Gebiete des DR. abermals eine Verurteilung erfolgt, vgl. Kommentar 5. Aufl. diese Note.

§. 8.

Ausland im Sinne dieses Strafgesetzes ist jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 5, II § 80. StB. S. 163.

1) „Im Sinne dieses Strafgesetzes" d. h. des StGB. (vgl. §§ 31_2, 52_2, 359) gibt § 8 die Definition von Ausland, die somit speziell für die §§ 4, 5, 6, 7, 147 Bedeutung hat; s. auch u. N. 3.

Die Definition hat deshalb als solche für andere Reichsgesetze keine Geltung, wird aber dennoch „dem Sinn und Geiste der RV. entsprechend" auf diese, und namentl. auf die neueren Reichsstrafges., gleichfalls zur Anwendung zu bringen sein (vgl. z. B. PreßG. § 14); Binding Hb. 1 401 N. 3, Hälschner 1 165 N. 3.

Dagegen gilt die Definition keineswegs für Landesstrafgesetze; i. S. dieser können auch die anderen Bundesstaaten „Ausland" sein und nach jeder einzelnen landesgesetzl. Strafvorschrift, die vom Ausl. spricht, ist festzustellen, ob der Ausdruck vom sog. Bundesauslande oder im Gegensatz zum Bundesstaate gemeint sei; so die GM., insbs.: RG. II 24. Feb. 80 E. 1 219, Berlin OAG. 24. Jan. 72 St. 1 195, Berlin KG. 28. Feb. 81 Jahrb. 2 213.

2) Das „Ausland" wird als die reine Negation des Inlandes, d. h. des Reichsinlandes (§ 3 N. 1, 12, 13, bzw. § 4 N. 20c), hingestellt, indem jedes nicht zum DR. gehörige Gebiet als Ausl. bezeichnet wird, so daß darunter auch die unter einer staatlichen Hoheit nicht stehenden Ländereien und das offene Meer fallen; vgl. § 4 N. 16.

Die gemeinschaftlichen Gebiete, die unter der Landeshoheit eines Bundesstaats und eines ausl. Staats stehen, sind danach i. S. des § 8 nicht als „Ausland" anzusehen; RG. FS. 10. Aug. 98 E. 31 259, H. Meyer S. 118. Dies gilt namentl. von den die Landesgrenze bildenden Gewässern, insofern als, nach RG. I 3. Jan. 84 E. 9 370,

Digitized by Google

im Zweifel zwar nicht das Flußbett, wohl aber der Wasserlauf ein gemeinschaftlicher ist, während auf den darüber führenden Brücken im Zweifel deren Mitte die Staatsgrenze bildet. Insbs. gilt das Bemerkte von dem zwischen Preußen und Belgien liegenden Gebiet von Neutral-Moresnet, welches nach dem Preuß.-Niederl. Vertr. v. 26. Juni 1816 (PrGS. 1818 Anh. S. 77) Art. XVII „einer gemeinschaftlichen Verwaltung unterworfen", also in Wahrheit kein neutrales, sondern ein unter gemeinschaftlicher Landeshoheit Preußens und Belgiens stehendes Gebiet ist; so: zit. RG. E. 31 259, Berlin 16. Nov. 75 O. 16 728, H. Meyer aO. N. 23, Oppenh.-D. EG. § 1 N. 3; aM.: Binding Hb. I 407 N. 5; vgl. auch Müller Neutrales Gebiet von Moresnet, Archiv f. Landeskunde der PrMonarchie 5 319 ff., insbs. S. 330, sowie Schröder, Das grenzstreitige Gebiet Moresnet im sog. Neutral-M. Tatsächlich werden die in jenem, unter der Herrschaft des Code pénal stehenden (zit. RG. E. 31 259), Gebiet wohnenden Untertanen eines der beiden fraglichen Staaten nur von den Gerichten des Staates, dem sie angehören, abgeurteilt, während die übrigen Eingewanderten sowie die „neutralen" Einwohner, d. h. die bereits 1815 dort Wohnenden nebst deren Frauen und Deszendenten, je nach Lage der Sache in dem Staate abgeurteilt werden, dessen Gerichte dazu vorzugsweise geeignet erscheinen; Müller aO. S. 338. Auch das zit. RG. E. 9 370 berührt den Vertr. v. 26. Juni 1816 und führt aus, daß er im Art. XXVII abweichende Grundsätze btr. der Grenzgewässer bzw. der über diese führenden Brücken nicht aufstelle.

3a) Aus dem gesetzlich definierten Begriffe „Ausland" ergibt sich mit Notwendigkeit auch die Bedeutung der abgeleiteten Begriffe. Ausländer ist demgemäß jeder, der nicht „Deutscher" ist, d. h. nicht die Reichsangehörigkeit besitzt (§ 4 N. 7); Binding Hb. I 413, Rüd.-St. N. 1; danach bestimmt sich der Begriff des „Ausländers" speziell in den §§ 3, 4^1, 39^3, 284_3, 362_4. Ausländisch ist alles, was nicht „inländisch" ist (vgl. „inländisch oder ausländisch" in den §§ 146, 267); demgemäß bestimmt sich der Begriff des „Ausländischen" speziell in den §§ 9, 87, 141, 146, 267.

b) Dagegen ist der Ausdruck „Auswärtig" im StGB. nicht gesetzlich definiert; meist (vgl. §§ 84, 102, 103, $353a_{1,3}$) ist er zwar mit „ausländisch" gleichbedeutend gebraucht, allein im § 234 (das. N. 8c) kommt ihm eine abweichende Bedeutung zu.

§. 9.

Ein Deutscher darf einer ausländischen Regierung zur Verfolgung oder Bestrafung nicht überliefert werden.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 6, II § 9.

1) Der aus dem Prinzip der Berechtigung des Staatsangehörigen, im Staate zu leben, sich ergebende Rechtssatz, daß ein Deutscher (§ 4 N. 7), d. h. jemand, der z. B. des Auslieferungsbegehrens Deutscher ist (Binding Hb. I 414), einer ausländischen Regierung (§ 8 N. 3a) nicht überliefert werden darf (Laband Staatsr. I 141), ist nach den Motiven, in Beziehung auf das Strafrecht ausdrücklich wesentlich deshalb sanktioniert, weil „die Gewißheit, daß innerhalb des Bundesgebietes die Auslieferung an eine auswärtige Macht nicht zulässig sei, für jeden Deutschen den Wert der Bundesangehörigkeit erhöhen muß". Dieser Grundsatz ist in den vom DR. geschlossenen Auslieferungsvertr. durchweg bestätigt; vgl. Olshausen, Strafgesetzgebung — Textausg. — Bd. 8.

Als sein notwendiges Korrelat ist im Unterabs. des $§ 4^3$ die Zulässigkeit der Verfolgung eines D. wegen einer im Ausl. begangenen strafb. Hdlg. auch dann, falls der Täter bei Begehung derselben noch nicht Deutscher war, ausgesprochen; vgl. § 4 N. 4.

2) Wegen der sog. Ablieferung von Deutschen seitens einer Bundesregierung an die andere trifft das GVG. Tit. 13 „Rechtshilfe" die nötigen Bestimmungen. Hinsichtlich der Strafverfolgung vgl. namentlich die §§ 157, 159, 160, hinsichtlich der Strafvollstreckung die §§ 163, 164.

Digitized by Google

§. 10.

Auf deutsche Militärpersonen finden die allgemeinen Strafgesetze des Reichs insoweit Anwendung, als nicht die Militärgesetze ein Anderes bestimmen.

PrStGB. § 5. Entw. I § 7, II § 10.

1) Der § 10 enthält eine Ausnahme vom Prinzip des § 3 (das. N. 19bβ). Nur „insoweit, als nicht die Militärgesetze ein anderes bestimmen", finden die „allgemeinen Strafgesetze des Reichs" (§ 3 N. 17), insbs. also auch das StGB., „auf deutsche Militärpersonen" Anwendung.

Das vor allem in Betracht kommende MStGB. verordnet im § 2, daß auf milit. V. u. V. die Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des RStGB. in Beziehung auf V. u. V. allgemein gelten, entsprechende Anwendung finden sollen, im § 3 aber, daß die strafb. Hdlgen der Militärpersonen, welche nicht militär. V. o. V. sind, nach den „allgemeinen Strafgesetzen" beurteilt werden sollen, hierin also weitergehend als RStGB. § 10; denn der Ausdruck „allg. Strafgesetz." umfaßt offenbar die Landesstrafgs. mit; Rüd.-St. N. 3. Dabei ist aber zu beachten, daß das MStGB. gegenüber dem StGB. eine Reihe abändernder allgemeiner Bestimmungen, teils nur rücksichtlich militärischer V. o. V., teils aber rücksichtlich aller strafb. Hdlgen erlassen hat. Auch der Zivilstrafrichter hat vorkommendenfalls diese Abweichungen vom StGB. zu berücksichtigen, wenn er in die Lage kommt, eine Person wegen einer strafb. Hdlg. abzuurteilen, auf welche die Militärgesetz. Anwendung finden; Hecker G. 30 114 u. Abhdlgen S. 49.

2a) Unter „Militärpersonen" (vgl. Hecker Militärstrafr. S. 21 ff.) sind nach MStGB. § 4 zu verstehen „die Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten, welche zum Heere oder zur Marine gehören". Vgl. das dem MStGB. beigefügte „Verzeichnis" derselben.

b) Die zum Dienst einberufenen Personen des Beurlaubtenstandes gehören nach RMG. § 38 BI von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind (nicht erst von der Gestellung an; RG. I 21. Apr. 92 E. 23 81 btr. § 141), bis zum Ablauf des Tages ihrer Wiederentlassung zum aktiven Heere (bzw. zur aktiven Marine) und unterstehen daher den Vorschriften des MStGB.; das. § 6. Dies gilt jedoch nur von den unter Nr. 1, 3 u. 4 RMG. § 56 aufgeführten Personen des Beurlaubtenstandes, nicht von den „vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten" (Nr. 2 das.), die erst von dem Tage ab, mit dem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt, dem aktiven Heere angehören; RMG. III 29. Dez. 00, I 25. Apr. 01, E. 1 9, 98.

c) Dagegen gehören die nicht zum Dienste einberufenen Personen des Beurlaubtenst. zwar nicht zum „aktiven Heere" (bzw. zur aktiven Marine), immerhin aber zum „Heere" (bzw. Marine), welches das aktive Heer (bzw. die aktive Marine), und den Beurlaubtenstand umfaßt, und sie sind deshalb i. S. des MStGB. § 4 gleichfalls „Militärpersonen". Den Strafvorschriften des MStGB. unterliegen sie aber nach § 6 das. nur, insoweit diese dort ausdrücklich auf Personen des Beurlaubtenstandes für anwendbar erklärt sind; vgl. das. §§ 10^2, 42, 68 f., 113, 126.

d) Über die zum Beurlaubtenstande gehörigen Personen vgl. RMG. § 56 i. V. mit § 20 d. G. btr. Änderungen der Wehrpfl. v. 11. Feb. 1888 sowie die §§ 11, 20 (btr. der Ersatzreservisten) und die §§ 26, 33 des letzteren Gesetzes (btr. der durch den Aufruf betroffenen Landsturmpflichtigen).

3) Das MStGB. findet unter gewissen Voraussetzungen auch Anwendung auf Personen, welche nicht zu den Militärpersonen (N. 2) gehören und deshalb in der Regel den allg. Strafgesetz., insbs. dem RStGB., unterworfen sind (§ 3 N. 19bβ), d. h. auf sog. Zivilpersonen.

a) Nach EGzMStGB. $§ 2_3$ finden die Bestimmungen des MStGB. auch Anwendung auf Offiziere à la suite (worunter auch Sanitätsoffiziere à la suite zu verstehen sein werden; vgl. MStGO. § 1^6), welche nicht zum Soldatenstande gehören, wenn und solange sie zu vorübergehender Dienstleistung zugelassen sind, sowie in bezug auf Hdlgen gg. die milit. Unterordnung, welche sie begehen, während sie die Militäruniform tragen.

Digitized by Google

b) Nach MStGB. II 3 sind ferner gewisse nicht zu den Militärpersonen gehörige Personen den Militärgef. in Kriegszeiten unterworfen.

4) In allen Fällen, wo das MStGB. auf Militär- o. Zivilpersonen Anwendung findet (N. 1, 3), geht es als besonderes Strafgesetz dem im RStGB. enthaltenen allgemeinen Strafrecht vor (vgl. Binding Grundr. § 24 Nr. 2). Demnach schließt in derartigen Fällen das MStGB. das RStGB. unbedingt aus, wenn es entweder den gleichen Tatbestand wie dieses mit Strafe bedroht, oder einen Tatbestand aufstellt, der einen engeren Tatbestand des RStGB. in sich schließt. Ev. greifen bezüglich einer nach beiden Strafgesetzbüchern strafb. Hdlg. die Grundsätze über Idealkonk. (§ 73) Platz.

5) Schwierigkeit bereiten diejenigen strafb. Hdlgen, die seitens des Täters begonnen wurden, als auf ihn die Vorschriften des einen StrafG. Anwendung fanden, bei denen aber die juristische Vollendung erst eintrat, nachdem der Täter inzwischen unter die Herrschaft des anderen StrafG. gelangt war; so z. B. wenn eine Person des Beurlaubtenstandes, während sie im Dienst sich befand und somit unter dem MStGB. (das. § 6) stand, eine strafb. Hdlg. beging, deren Wirkung bzw. Erfolg erst nach Ablauf des Entlassungstages, zur Zeit also der Herrschaft des StGB., eintrat. Nach Analogie des § 3 wird dasjenige Strafgesetzbuch Anwendung finden müssen, unter dessen Herrschaft die Tat begangen ist (§ 3 N. 5, 6 bzw. § 2 N. 1_3, $_3$). Ist die Tat unter beiden begangen, so kann sie selbstverständlich nur nach einem ausschließlich abgeurteilt werden. Dieses eine Strafgesetzbuch, welches Anwendung zu finden hat, ist aber nicht etwa, nach Analogie der §§ 2_3, 4^2 Unterabs., das mildere, sondern vielmehr das härtere; denn der D. Gesetzgeber, der beide Strafgesetzbücher nebeneinander bestehen läßt, faßt die Hdlg. von einem Gesichtspunkte aus (meist dem des MStGB.) als eine härter zu bestrafende auf, und dieser eine Gesichtspunkt greift jedenfalls auch Platz.

§. 11.

Kein Mitglied eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats darf außerhalb der Versammlung, zu welcher das Mitglied gehört, wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes gethanen Aeußerung zur Verantwortung gezogen werden.

PrStGB. (fehlt). Entw. I und II (fehlt). StB. 8. 223 ff., 1128, 1141.

1) Nachdem durch Art. 30 RV. eine Garantie der ungestörten Tätigkeit des RT. (nicht auch des Bundesrats) geschaffen worden war, handelte es sich darum, den gesetzgebenden Versammlungen der einzelnen Bundesstaaten den gleichen Schutz zu gewähren. Dies ist durch § 11 geschehen, der als eine Ausnahme vom Prinzip des § 3 (das. N. 19d) sich darstellt. Die Abgeordneten sollen wegen gewisser Handlungen der Jurisdiktion der Gerichte überhaupt entzogen sein (N. 4). Dem § 11 kommt deshalb eine weitergehende Bedeutung zu, als daß dadurch lediglich — was freilich folgeweise auch geschieht — für die Abgeordneten bezüglich bestimmter Hdlgen ein persönlicher Strafausschließungsgrund (N. 6) statuiert wird; so Hubrich Redefreiheit S. 349; aM. Schwedler Parlament. Rechtsverltzgen S. 21. Dementsprechend hat auch § 11 seine Stellung richtiger unter den „Einl. Best." als im T. I Abschn. 4 gefunden, wo er nach den Beschlüssen der zweiten Beratung eingestellt worden war; vgl. Rede des Bundeskommissars v. Friedberg u. des Antragstellers Lasker; StB. S. 1128, 1142. So RG. III 5. März 81 E. 4 14.

Die Vorschrift des § 11 hat einen absoluten Charakter, weshalb es gleichgültig ist, ob das Landtagsmitglied an sich gegen ein StrafG. des Reichs oder eines Bundesstaats verstoßen hat. Eine abweichende landesgesetzl. Vorschrift würde mit § 11 sich in Widerspruch setzen und deshalb nach RV. Art. 2 nichtig sein.

2) Den Schutz des § 11 genießt jedes „Mitglied eines Landtages oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats", d. h. einer sog. gesetzgebenden Versammlung (§ 105 N. 1) eines Bundesstaats, und zwar auch nach dem Ausscheiden aus der parlamentarischen Berufsstellung sowie im Falle der Ungültigkeitserklä-

Digitized by Google

rung der Wahl bis dahin; Hubrich Redefreiheit S. 393. Was die Versammlungen betrifft, so ist man darüber einig, daß nach dem gesetzgeberischen Grunde (N. 1), dem § 11 seine Entstehung verdankt, es nicht darauf ankommt, daß sie gerade den Namen „Landtag" oder „Kammer" tragen. Notwendig ist nur, daß sie den gesamten Bundesstaat repräsentiere und daß sie zur Teilnahme an der — staatlichen (nicht kirchlichen) — Gesetzgebung desselben insofern berufen sei, als ihre verfassungsmäßige Zustimmung die notwendige Voraussetzung für die demnächstige Sanktion eines Gesetzes des betr. Bundesstaates bildet.

Diese Voraussetzung trifft auch zu bei den Bürgerschaften der freien Hansestädte; daß sie an der Souveränität Teil haben, ist kein Grund, § 11 auf ihre Mitglieder für unanwendbar zu erachten, ebensowenig der Umstand, daß die Mitglieder des Bundesrats (N. 1) eines gleichen Privilegii nicht genießen; bei letzterem liegen, wie bei den Senaten der freien Städte, ganz andere Verhältnisse vor. Endlich steht auch nicht entgegen, daß im § 105 jener „Bürgerschaften" neben den „gesetzgebenden Versammlungen" gedacht ist; denn dort sind die Bürgerschaften mit den Senaten der freien Städte zusammengestellt, weil ihnen zusammen die Souveränität zusteht; darin liegt zugleich der Grund der Hervorhebung an erster Stelle. So: Finger I 433, v. Liszt S. 115, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1, Hubrich Redefreiheit S. 353 f., Schwedler Parlament. Rechtsverletzgen S. 37. AM.: Binding Hb. I 674, H. Meyer S. 129 N. 6, v. Schwarze N. 2 A. 1, Heinze Straflosigkeit parlament. Rechtsverl. S. 8.

Im S. des § 11 ist übrigens das Reichsland Elsaß-Lothringen schon wegen der Bestimmung in Art. I Abs. 2 EGfEL., „als ein zum Reich gehöriger Staat" anzusehen, so daß die Mitglieder des durch Erl. v. 29. Okt. 1874 eingesetzten Landesausschusses für EL., dem nach den G. v. 1. Mai 1874 u. 4. Juli 1879 die Eigenschaft einer „gesetzgebenden Versammlung" zukommt, die Befreiung vom Strafgesetz in dem im § 11 bezeichneten Umfange gleichfalls genießen; Binding Hb. I 674 N. 8, Finger I 433, Merkel S. 282, H. Meyer S. 129 N. 6, Oppenh.-D. N. 1, Hubrich ADR. 1897 S. 48, Schwedler aO., auch Frank N. 1, jedoch mit abweichender Begründung.

Nach dem Abs. 1 Bemerkten findet dagegen § 11 keine Anwendung auf die Mitglieder solcher Versammlungen, welche nur einen Teil eines Bundesstaats repräsentieren, mögen sie auch ähnliche Bezeichnungen führen (wie z. B. Provinziallandtage, Kreistage) und selbst in einem gewissen Umfange an der Gesetzgebung teilnehmen; so die GM.

3a) Die strafrechtl. Verantwortlichkeit eines Abgeordneten ist ausgeschlossen „wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes getanen Äußerung". Daß die Abstimmungen (§ 107 N. 4) nur innerhalb der gesetzgebenden Versammlung, sei es in Pleno oder in einer Kommission geschehen können, ergibt sich von selbst und bedurfte es deshalb eines weiteren Zusatzes nicht; Hubrich Redefreiheit S. 361. Ein solcher wurde dagegen hinsichtlich der Äußerungen beliebt, namentl. um darzutun, daß solche, wenn sie außerhalb der Versammlung getan werden, nicht als straflos hinzustellen seien; denn „in Ausübung seines Berufes" äußert ein Abgeordneter sich nur, wenn er das ihm durch die Berufung, insbs. Wahl, übertragene Recht ausübt; das kann aber nur innerhalb der gesetzgebenden Versammlung, der er angehört, geschehen, da er nur zur Vertretung in dieser berufen ist; Binding Hb. I 675 f., Fuld G. 35 532.

Wieweit Äußerungen innerhalb der Versammlung als in Ausübung des Berufes geschehen zu erachten, ist im ganzen Tatfrage (vgl. aber Hubrich aO. S. 362 f., 366 N. 50, der die Immunität der Äußerung durch die formale Ordnung des Hauses bedingt erachtet), jedoch sind der Natur der Sache nach alle im Plenum oder in den Abteilungen und Kommissionen (Mannheim 26. Apr. 73 St. 3 154) oder auch in Deputationen gehaltenen Reden dahin zu rechnen; aber auch zwischen einzelnen Abgeordneten gewechselte Äußerungen können in Ausübung des Berufes geschehen, während anderenseits solche — obschon sie im Sitzungssaale gefallen sind — unter Umständen trotzdem nicht dahin zu rechnen sein werden. Insofern bilden die Räume, wo die Äußerungen geschehen, kein Kennzeichen, namentl. ist nicht entscheidend, ob sie in dem für die Versammlungen bestimmten Lokale vorfallen (vgl. Rede des Antragstellers Lasker StB. S. 228); Finger I

Digitized by Google

436, Frank N. III, Hubrich aO. S. 364 f., 365 N. 50. Wesentlich ist immer nur, ob sie innerhalb des Kreises der Versammlung, d. h. entweder in deren Pleno oder deren verfassungs- bzw. geschäftsmäßigen Teilen von einem Mitgliede der Versammlung in Ausübung seines Berufs gefallen sind; so die GM. Deshalb genießen diesen Schutz der Redefreiheit nicht einmal Mitglieder der gesetzgebenden Versammlung wegen in derselben gehaltener Reden, falls sie diese nicht als solche, sondern etwa als Regierungskommissarien hielten; ihnen steht nur § 193 zur Seite; so: Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 22 (es fehle hier die Aushilfe der kammerdisziplinellen Maßregeln), Heinze Straflosigkt. parlament. Rechtsverl. S. 10 f., Hubrich aO. S. 356, Schwedler Parlament. Rechtsverletzgen S. 39; aM. Binding Hb. 1 674 (die Unterscheidung sei in Wirklichkeit nicht aufrechtzuerhalten).

Der Ausdruck „Äußerungen" ist keineswegs auf mündliche Äußerungen zu beschränken. Namentlich fallen auch schriftliche u. gedruckte Äußerungen, welche der Beruf eines Abgeordneten häufig erfordert, darunter; Binding HB. 1 675 N. 11, Finger 1 436, Rüd.-St. N. 1, Hubrich aO. S. 348. Es würde aber auch eine im Ausdruck nicht liegende Beschränkung sein, wollte man pantomimische Kundgebungen für ausgeschlossen erachten; aber ebensowenig rechtfertigt der Sinn des Gesetzes eine derartige einschränkende Auslegung; nur tatsächlich werden vielleicht derartige — als Ersatz für das gesprochene Wort dienende — Äußerungen häufiger als nicht in Ausübung des Berufs getane anzusehen sein; so: Finger 1 437, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 4, Hubrich aO. S. 360, v. Muralt Parlament. Immunität S. 65; aM. Binding Hb. 1 675.

b) Die Verantwortungsfreiheit ist nur gewährt „wegen" der fraglichen Äußerungen; das Privileg „geht also genau soweit, als Delikte durch Worte begehbar sind, nicht weiter"; Binding Hb. 1 675; deshalb erstreckt sie sich z. B. nicht auf die Benutzung von Knüppeln; Hubrich, v. Muralt aO. Es heißt nicht etwa, der Volksvertreter könne „aus Anlaß" seiner Äußerungen nicht zur Verantwortung gezogen werden; Hubrich aO. S. 365 ff. Die Anstiftung zu außerhalb des Hauses zu begehenden Verbr. ist daher strafbar; aM. Schwedler aO. S. 41.

4) Wenn auch aus der Entstehungsgeschichte des § 11 Gründe für die in den früheren Aufl. — vgl. 5. Aufl. diese N. — vertretene Ansicht zu entnehmen sind, daß nur jede Verantwortung, soweit sie das StGB. angehe, habe ausgeschlossen werden sollen, so erscheint doch die GM. (vgl. insbs.: Binding Hb. 1 676, Hubrich Redefreiheit S. 390, v. Muralt Parlament. Immunität S. 96) richtiger, daß nach der der Bestimmung zugrunde liegenden Tendenz der Abgeordnete jeder im rechtlichen Verfahren festzustellenden Verantwortung entzogen sein sollte, also der strafrechtl. u. der disziplinarischen sowohl wie der zivilrechtlichen; diese Auffassung ist auch mit der Wortfassung wohl vereinbar, obschon in Abweichung von Art. 30 RV. das Verbot der disziplinarischen Verfolgung nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Abweichend nehmen jedoch Finger 1 433 N. 571, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 6 u. Rüd.-St. N. 2 an, daß Zivilklagen nicht ausgeschlossen seien u. v. Liszt S. 115 erachtet nur Befreiung von der strafrechtl. Verantwortlichkeit für gegeben.

5) Zur strafrechtlichen (N. 4) Verantwortung würde ein Abgeordneter wegen der in Ausübung seines Berufes getanen Äußerung auch dann gezogen werden, wenn sie auf Grund des § 199 zur Aufrechnung gegen eine andere Beleidgg. benutzt werden würde; denn alsdann würde gegen den Abgeordneten die Äußerung rechtlich als eine Beleidgg. erklärt, er selbst also dieserhalb gerichtlich verantwortlich gemacht, was unzulässig ist (N. 1). So: RG. III 5. März 81 E. 4 14, Hälschner 2 214, Merkel S. 283, H. Meyer S. 319 (anders nach S. 129), Fuld G. 35 533, Klöppel APreßr. S. 337, Hubrich Redefreiheit S. 350. AM.: Binding Hb. 1 676 N. 14, Finger 1 435, 526, v. Liszt S. 283, insbs. N. 4, Frank § 199 N. II 3, Zimmermann G. 32 314, Kronecker GS. 41 213, G. Meyer Staatsrecht (4. Aufl.) S. 292, Schwedler Parlament. Rechtsverletzgen S. 28, es werde hierbei nicht die Person des Abgeordneten zur Verantwortung gezogen, sondern nur seine Handlung einer rechtlichen Beurteilung unterworfen.

Dagegen ist ein Zurverantwortungziehen nicht zu finden:

Digitized by Google

a. in der Berücksichtigung der Tatsache, daß ein Abgeordneter in seinen Berufsäußerungen einer Beleidigg. o. einer andern strafb. Hdlg. sich schuldig gemacht habe, und zwar

α. bei Würdigung des Einwandes der Notwehr (§ 53 N. 6); so: Finger I 435, Schwedler aO. S. 27; dagegen Hubrich aO. S. 350 f. nur insofern die präjudizielle Feststellg. der Rechtswidrigkt. sich mit keinem auch nur indirekten Rechtsnachteil für den Volksvertreter verbinde;

β. behufs Führung des Wahrheitsbeweises in den Fällen der §§ 186, 192; so: Schwedler aO. S. 27; aM. zit. RG. E. 4 14 (19 f.), ohne daß jedoch dieser Fall zur Entscheidung stand;

γ. behufs Anwendung des § 193; so: RG. III 22. Febr. 82 N. 4 183, Merkel S. 283, Fuld aO., Schwedler aO. S. 27; aM. Hubrich aO. S. 391;

b. in der Heranziehung zur Zeugnisablegung in einer Straffache, welche auf Grund der vom Abgeordneten getanen Äußerung gegen einen anderen eingeleitet ist; so die GM. (vgl. Hubrich aO. S. 372 N. 72); aM. Fuld aO. S. 536 btr. RV. Art. 30.

6) Materiell enthält § 11 einen höchst persönlichen Strafausschließungsgrund, der eine strafbare Teilnahme (T. I Abschn. 3) anderer als möglich erscheinen läßt; v. Liszt S. 115, Rüd.-St. N. 5, Hubrich Redefreiheit S. 349 f., Schwedler Parlament. Rechtsverltzgen. S. 26, G. Meyer Staatsr. S. 292; vgl. jedoch Frank N. V, nur bei Beleidiggen könne ein objektiver Strafausschließungsgrund angenommen werden, jedoch nicht gemäß § 11, sondern § 193. Die Zulässigkeit der Strafverfolgung der Teilnehmer ist mit der N. 1 vertretenen Auffassung einer über den persönl. Strafausschließungsgrund hinausgehenden Bedeutung des § 11 wohl vereinbar; vgl. aber Schwedler aO. S. 26.

Prozessual dagegen stellt § 11 als strafausschl. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266 sich nicht dar; vielmehr macht seine N. 1 hervorgehobene Bedeutung in der Weise sich geltend, daß beim Vorliegen seiner Voraussetzung jede strafprozessuale Maßregel unterbleiben muß; es ist eine prozeßhindernde Voraussetzung, deren Feststellung nach eröffnetem Hauptverfahren Einstellung des Verfahrens nach Analogie der StPO. § 259$_2$ bedingt.

7) Im übrigen unterliegen strafb. Hdlgen von Mitgliedern der gesetzgebenden Versammlungen der strafrechtl. Verfolgung, wenn auch in prozessualer Beziehung besondere Vorschriften in Betracht kommen, so hinsichtlich der RTmitglieder Art. 31 der RV. (dessen Anwendbarkeit auch während der Zeit einer durch den Kaiser mit Zustimmung des RT. erfolgten Vertagung RG. III 25. Feb. 92 E. 22 379 bejaht), hinsichtlich der Mitglieder der Landtage der Bundesstaaten aber nach EGzStPO. § 6[1] die btr. landesgesetzl. Vorschriften, wie z. B. PrVerf. v. 31. Jan. 1850 Art. 84. Vgl. §§ 3 N. 20a, 69 N. 1ca.

Demgemäß kann namentl. durch Wiederholung des Inhalts einer in einer Kammer gehaltenen Rede seitens des Abgeordneten außerhalb der Kammer eine strafb. Hdlg. begangen werden, wie auch die in der Kammer gehaltene Rede zur Überführung des Abgeordneten bezüglich einer später vorgenommenen strafb. Hdlg. benutzt werden kann; RG. III 20. Okt. 80 E. 2 365, 11. Okt. 86 N. 8 611.

§. 12.

Wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei.

PrG. über d. Presse v. 12. Mai 1851 § 38. Entw. I und II (fehlt). StB. S. 1147.

1) Bei der dritten Beratung des StGB. wurde ein dem Abs. 2 des Art. 22 RV. entsprechendes, demnächst zum Gesetz erhobenes Amendement vorgeschlagen, welches vom Antragsteller Lasker damit motiviert wurde, daß, da das StGB. als BundesG. selbst den Verfassungen der Bundesstaaten vorgehe, zu befürchten sei, es könne — beim Fehlen einer bezüglichen Klausel im StGB. — die den wahrheitsgetreuen Berichten der Kammern garantierte Straffreiheit durch das BundesG. verloren gehen. Das Amendement wurde demnächst ohne weitere Debatte angenommen.

2) Auch § 12 stellt sich, wie § 11, als eine Ausnahme vom § 3 (das. N. 19c) dar. Es handelt sich hier aber in keiner Weise um ein Privilegium der Mitglieder der gesetz-

Digitized by Google

gebenden Versammlungen; vielmehr steht ihr Bericht strafrechtl. demjenigen aller anderen gleich, und die Handlung — die wahrheitsgetreue Berichterstattung — ist, mag sie ausgehen, von wem sie will, vom Strafgesetz ausgenommen; Mannheim 31. Dez. 72 St. 3 154. Daraus folgt aber, daß eine strafb. Teilnahme (E. I Abschn. 3) an ihr nicht denkbar ist; so: Finger 1 440, v. Liszt S. 157, Frank N. III, Birkmeyer Teiln. S. 159, Hubrich ADR. 1897 S. 55; aM. muß Binding Hb. 1 684 sein, der im § 12 lediglich ein persönliches Privilegium der Berichterstatter erblickt, wie § 11 ein solches für die Abgeordneten begründe. Übrigens bezieht die Vorschrift sich nur auf den Inhalt der Berichte; vgl. RG. I 25. Nov. 95 E. 28 45 (btr. Elf.-Lothr. Recht), wonach die Aufnahme derartiger Berichte in Zeitungen diese zu politischen und deshalb kautionspflichtigen machen kann, derart, daß durch die Berichterstattung in der Zeitung gegen die polizeiliche Pflicht zur Kautionsstellung verstoßen werden kann.

Auch hier gilt btr. der absoluten Gültigkeit der Vorschrift das § 11 N. 1_2 Bemerkte; Rüd.-St. N. 3. Nach welchem Rechte an sich eine Verantwortung eintreten würde, ist gleichgültig. Der § 12 will „jede" Verantwortung ausschließen und deshalb unbedingt auch eine etwa auf Landesstrafr. sich gründende.

3) „Bericht" ist, obschon § 12 gleich RV. Art. 22 seine wichtigste Anwendung in Ansehung der durch die Presse verbreiteten Berichte findet, dennoch auf jede Art von Berichten, also insbs. auch auf mündliche Berichte, die in öffentlichen Verhdlgen erstattet werden, zu beziehen; Binding Hb. 1 683, Finger 1 440, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 4, Laband Staatsr. 1 321, Hubrich Redefreiheit S. 486 u. ADR. 1897 S. 50.

4) Wenn § 12 von Berichten „über Verhandlungen eines Landtags oder einer Kammer" spricht, so hat er damit die Verhdlgen der gesetzgebenden Versammlungen in dem § 11 N. 2 erläuterten S. im Auge. Aus der Wortfassung ist aber zu folgern, daß nur die Plenarverhdlgen gemeint sind, nicht jedoch die Verhdlgen in den einzelnen verfassungs- o. geschäftsordnungsmäßigen Teilen der gesetzgebenden Versammlungen; so: Hälschner 2 184, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2, Hubrich Redefreih. S. 486 u. ADR. 1897 S. 49; aM. Heinze Straflosigkeit parlament. Rechtsverl. S. 10.

5) Der § 12 spricht ganz allgemein von „Verhandlungen eines Landtags ꝛc.", ohne, wie RV. Art. 22_2, eine Beschränkung auf „öffentliche" Verhdlgen zu enthalten. Diese anscheinende Disharmonie löst sich in der Weise, daß durch RV. Art. 22_1 — ebenso wie durch G. v. 23. Mai 1881 § 1 für die Verhdlgen des Landesausschusses für EL. — unbedingt die Öffentlichkeit der Verhandlungen vorgeschrieben ist, so daß einer Versammlung der RMitglieder unter Ausschluß der Öffentlichkeit der Charakter einer RVerhdlg. nicht zukommt; Binding Hb. 1 680 N. 2, Finger 1 439, Laband Staatsr. 1 321, Hubrich ADR. 1897 S. 47 N. 4; anders dagegen auf Grund seiner Geschäftsordnung seit dem 17. März 1900 die Praxis des RT. selbst, der gelegentlich der Beratung der sog. lex Heinze für einen Teil der Verhdlgen die Öffentlichkt. ausschloß. Wenn deshalb RV. Art. 22_2 nur die Freiheit der Berichterstattung über Verhdlgen in den öffentlichen Sitzungen des RT. schützen konnte, so lag die Sache mit Rücksicht auf die in einzelnen Bundesstaaten verfassungsmäßig zulässigen nichtöffentlichen Sitzungen der gesetzgebenden Versammlungen für die Redaktion des § 12 anders, und wurde deshalb das Wort „öffentlich" nicht aufgenommen. Demgemäß ist nach § 12 auch die wahrheitsgetreue Berichterstattung über nichtöffentliche Sitzungen geschützt. So: Kayser HH. 4 565, H. Meyer S. 129, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1, Heinze Straflosigkt. parlament. Rechtsverl. S. 10. AM.: Berner S. 264, Binding Hb. 1 681 (weil das Privileg der RV. Art. 22 auf die Landtage übertragen sei), Finger 1 439, Klöppel RPreßr. S. 335, Hubrich Redefreiheit S. 485 u. ADR. 1897 S. 46; auch Hälschner 2 184 nimmt an, daß der Unterschied wohl kaum beabsichtigt sei; vgl. ferner RG. II 5. Nov. 86 E. 15 32, es liege dem Art. 22 RV. der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, daß bei der gesetzl. stattfindenden Öffentlichkeit der RVerhdlgen keine Veranlassung sei, deren wahrheitsgetreue Verbreitung durch den Druck zu verhindern.

6) Ob ein Bericht „wahrheitsgetreu" sei, ist wesentlich Tatfrage, für deren Lösung allerdings gewisse rechtliche Gesichtspunkte in Betracht kommen; RG. IV 6. Nov. 88 E. 18, 207, Binding Hb. 1 683.

Digitized by Google

Zunächst ist nicht dafür zu erachten, daß nur ein die ganze Verhandlung betreffender Bericht ein „wahrheitsgetreuer" sei; so die GM. Es kann vielmehr auch ein Bericht über einen Teil der Verhandlungen wahrheitsgetreu sein, wenn er nur einen in sich abgeschlossenen Teil dem wirklichen Vorgange entsprechend wiedergibt; Binding Hb. I 682, Kayser HH. 4 565, Frank N. II 1, Hubrich Redefreiheit S. 486 u. ADR. 1897 S. 52. Die Wiedergabe einzelner unselbständiger Momente einer Verhandlung entspricht dagegen nicht dem Begriffe eines Berichts; deshalb hat die Wiedergabe einzelner Sätze aus einer Rede keinen Anspruch auf den Schutz des § 12; Berlin 23. Feb. 75 O. 16 147. Erschöpft aber eine Rede oder eine Mitteilung einen gewissen Gegenstand der Verhandlung, so wird allerdings deren wahrheitsgetreue Wiedergabe den Schutz des § 12 genießen (s. u. Abs. 3); der Begriff „Verhandlungen" deckt sich aber nicht mit dem der „Sitzung" eines Hauses, die einerseits eine gemischte Tagesordnung enthalten, andererseits vor Erschöpfung eines Gegenstandes ihr Ende erreichen kann; zit. RG. E. 18 207.

Daß die Wiedergabe der Verhandlung eine wortgetreue sei, wird nicht erfordert; entscheidend ist vielmehr, ob bei der abgekürzten Wiedergabe der richtige Eindruck eines wirklichen Vorganges erhalten bleibt (Binding Hb. I 683, H. Meyer S. 129, Frank N. II 2, Hubrich aO. S. 487), ob also ein objektives — wahrheitsgetreues — Referat über die ganze Verhdlg. bzw. einen abgeschlossenen Teil oder nur eine Mitteilung vorliegt, die entweder wegen ihrer Unvollständigkeit oder wegen ihrer subjektiven Färbung des Charakters eines Berichtes entbehrt; zit. RG. E. 18 207 (erzählende Darstellung eines histor. Vorganges in s. wesentl. Verlauf), Mannheim 31. Dez. 72, 26. Apr. 73, St. 3 154, 156. Aus letzterem Grunde kann auch ein tendenziöser, einen Auszug wiedergebender Bericht, der nichts enthält, was nicht wirklich in der Verhdlg. gesprochen oder geschehen ist, dennoch den Sinn der gefallenen Äußerungen fälschen und deshalb nicht wahrheitsgetreu sein; Laband Staatsr. I 321. Aber auch der wortgetreue Abdruck einer ganzen Rede ist nur unter Umständen, insbs. dann, wenn über den den Inhalt der Rede bildenden Gegenstand weiter nichts verhandelt ist o. wenn nach der die Beratung eines Gegenstandes eröffnenden Rede die Sitzung geschlossen o. die Verhandlung des Gegenstandes vertagt worden ist, für einen wahrheitsgetreuen Bericht zu erachten; zit. RG. E. 18 207, Berlin 28. Juni 76 O. 17 469, Binding Hb. I 682, H. Meyer S. 129, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 2, Hubrich aO. S. 487.

Btr. der RV. Art. 22 (N. 1) hat RG. II 5. Nov. 86 E. 15 32 zutreffend hervorgehoben, daß er eine Ausnahmevorschrift sei, die als solche eine ausdehnende Auslegung nicht zulasse; aus dem der Vorschrift zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken (N. 5 aE.) ergebe sich, daß Art. 22 nur Berichte im Auge habe, welche auf wahrheitsgetreue Mitteilung des öffentl. Verhandelten sich beschränkten, keinesfalls aber Berichte, welche den Inhalt einer Rede nicht nur wiedergäben, sondern auch einer Besprechung unterwürfen. Sog. Räsonnements sind daher nicht geschützt; so Hubrich ADR. 1897 S. 54; aM. Klöppel RPreßr. S. 339. Doch geht das zit. RG. nicht so weit, jedem das Verhandelte wahrheitsgetreu mitteilenden Zeitungsartikel schon deshalb die Eigenschaft als wahrheitsgetreuen Berichtes i. S. des Art. 22 abzusprechen, weil ihm „einleitende und schließende Worte hinzugefügt seien, auch wenn die Hinzufügungen eine Erörterung des Verhandelten nicht enthalten".

7) Da die wahrheitsgetreuen Berichte von „jeder" Verantwortlichkeit frei bleiben, so ist auch § 42 (das. N. 6a) auf die schriftlichen bzw. gedruckten Berichte nicht anwendbar; so die GM., insbs. Berlin 16. Apr. 75 St. 5 8, selbst Binding Hb. I 685 N. 16 (vgl. o. N. 2). Insofern erscheint sogar die, sonst mit Recht getadelte, Ausdrucksweise des § 12 („Berichte bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei") nicht unangemessen. Übrigens entspricht auch der Ausschluß der polizeil. Maßregeln des § 42 gegenüber dem § 12 seiner weiteren, über das Gebiet des Strafr. hinausgehenden (so auch Binding Hb. I 84), Bedeutung (N. 1).

8) In prozessualer Beziehung gilt das § 11 N. 6, Bemerkte entsprechend; denn eine Untersuchung darüber, ob durch eine wahrheitsgetreue Berichterstattung eine — wenn auch nur objektiv — strafb. Hdlg. begangen worden, ist nach dem Sinne des § 12 für gänzlich ausgeschlossen zu erachten.

Digitized by Google

Erster Teil.

Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen im Allgemeinen.

1) Während noch der Entw. I in drei Teile zerfiel, von denen T. I „Von der Bestrafung der Verbrechen und Vergehen im allgemeinen", T. II „Von den einzelnen Verbrechen und Vergehen und deren Bestrafung", endlich T. III „Von den Übertretungen" handelte, in diesem aber wiederum Abschn. 1: „Von der Bestrafung der Übertretungen im allgemeinen", erfolgte durch die Bundesrats-Kommission die wichtige Abänderung, daß die allgemeinen Grundsätze von der Bestrafung für alle drei Arten strafb. Hdlgen gemeinsam geregelt wurden und zwar, um dem richtigen Gedanken einen entsprechenden Ausdruck zu geben, daß — wie die Motive Anhang I S. 87 sagen — in den Übertr. „nicht ein von dem übrigen Strafrechte generisch sich unterscheidendes Gebiet behandelt werde"; aus demselben Grunde wurde auch statt „polizeiliche Gefängnisstrafe" der Ausdruck „Haft" substituiert. Es liegt dabei auf der Hand, daß es keine Verletzung dieses Prinzips ist, wenn die aufgestellten allg. Grundsätze nicht hinsichtlich der V., V. u. Übertr. durchweg gleich lauten und namentl. hinsichtlich der letzteren manche Abweichungen statuiert sind; vgl. § 1 N. 13.

2) Darüber, daß die Grundsätze des T. I, so weit sie die Regelung einer Materie enthalten, von allgemeiner über das StGB. hinausgreifender Bedeutung sind, sowie über die Frage, inwieweit für die in Kraft gebliebenen „besonderen Vorschriften" Abweichungen gestattet sind, vgl. EG. § 2 N. 11 ff.

3) Wegen Anwendung der allg., auf V. u. V. bezüglichen, Vorschriften des StGB. auf militärische V. u. V. sowie auf diejenigen strafb. Hdlgen von Militärpersonen, welche nicht militärische V. u. V. sind, vgl. § 10 N. 1.

Erster Abschnitt.

Strafen.

1) Es würde unrichtig sein, nach der Überschrift des Abschn. zu behaupten, daß Abschn. 1 die Materie (EG. § 2 N. 3) der „Strafen" geregelt habe, vielmehr ist im Abschn. 1 nur eine Regelung der Materien derjenigen Strafarten und derjenigen polizeilichen Maßnahmen zu finden, die dieser Abschn. behandelt. Denn einerseits kennt das StGB. noch andere Strafarten als die in T. I Abschn. 1 erwähnten (N. 3), andererseits aber betreffen einzelne §§. des Abschn. überhaupt nicht Strafen, sondern lediglich polizeil. Maßnahmen (N. 4c, d), eine Auffassung, welche allerdings die Motive nicht teilen.

Die Regelung der Materie der einzelnen Strafarten erstreckt sich aber augenscheinlich nicht auf den Strafvollzug; in dieser Beziehung sind vielmehr nur vereinzelte Bestimmungen getroffen, derartig, daß die Annahme begründet erscheint, der Gesetzgeber habe die Ergänzung durch ein Reichs-Strafvollzug G. in Aussicht genommen (Berner S. 42, Hälschner I 111); da ein solches aber bisher nicht erlassen ist, so sind seitens des RKanzlers „Grundsätze, welche bei dem Vollzuge gerichtl. erkannter Freiheitsstrafen bis zu weiterer gemeinsamer Regelung zur Anwendung kommen" v. 6. Nov. 1897 aufgestellt, denen der BR. durch Beschl. v. 28. Okt. 1897 (RGBl. 308 ff.) zugestimmt hat. Die Landesgesetzgbg. darf sonach keine Vorschriften treffen, welche jenen Einzelbestimmungen des StGB. über den Strafvollzug entgegenstehen (EG. § 2 N. 3b); weiter geht aber die Beschränkung der Landesgesetzgbg. nicht, ganz abgesehen davon, daß das StGB. selbst gerade durch einzelne

Digitized by Google

den Strafvollzug betreffende Bestimmungen (vgl. §§ 16 N. 5₂, 22 N. 4) der landesrechtlichen Regelung freien Spielraum gewährt; vgl. Binding Hb. 1 297.

Anders ist das Verhältnis zur Landesgesetzgbg., soweit im T. I Abschn. 1 nach dem im Abs. 1 Bemerkten Materien geregelt sind; hier greift der Grundsatz des EG. § 2, Platz, allerdings mit der durch Abs. 2 das. vorgesehenen Ausnahme bezüglich der „besonderen Vorschriften des Landesstrafr." Aber diese Ausnahme ist wieder eingeschränkt (vgl. EG. § 2 N. 14) durch die Vorschriften der §§ 5, 6 EG. Daraus ergibt sich das Resultat, daß auch in den „besonderen Vorschriften des Landesstrafr." abweichende Bestimmungen über die im StGB. geregelten Strafarten nur insoweit getroffen werden dürfen, als dadurch nicht der Charakter der btr. Strafart beeinträchtigt wird; vgl. EG. § 6 N. 5; grundsätzlich aM. namentlich Binding Hb. 1 297, der absolute Regelung durch das StGB. annimmt. Das Nähere kann nur bei den einzelnen Strafarten festgestellt werden.

2) Aus der Regelung der Materie der Strafarten (N. 1₁) ergibt sich, daß mit den einzelnen Strafarten andere strafrechtliche Folgen, als wie das StGB. selbst sie normiert, unbedingt nicht verknüpft werden; so die GM.

Weiter geht aber die Beschränkung nicht; denn das StGB. hat seiner Bestimmung nach sich darauf beschränkt, lediglich die Folgen und Wirkungen festzustellen, welche strafrechtlich an die erkannten Strafen sich knüpfen sollen (EG. § 2 N. 7b); soweit daher ältere Bundes- oder Landesgef. mit einzelnen Strafarten Folgen verbinden, die auf anderen Rechtsgebieten als dem des Strafrechts liegen, die insbf. dem Zivil- und Staatsrecht angehören, sind diese Gesetze durch die Bestimmungen des StGB. nicht außer Kraft gesetzt, sondern in fortdauernder Geltung (vgl. im einzelnen §§ 31 N. 6, 33 N. 3, 39 N. 7). So die GM., insbf. RG. III ZS. 28. Mai 80, IV ZS. 20. Apr. 99, E. ZS. 2 66, 43 366, Berlin KG. 15. Feb. 86 Jahrb. 6 38. AM. Mandry-G. Zivilr. Inh. d. RG. S. 102.

3) Das StGB. unterscheidet unter den Strafarten: Haupt- und Nebenstrafen, von denen jene für sich allein, diese nur in Verbindung mit einer von jenen erkannt werden können; so auch die Motive. Das Unterscheidungsmerkmal ist sonach ein äußeres, positiv begründetes. Die Strafarten tragen den einen oder den anderen Charakter; dies gilt auch von der Geldstrafe, die darin keine andere Stellung einnimmt (§ 27 N. 1). Ausnahmsweise kann es übrigens vorkommen, daß auch auf eine Nebenstr. für sich allein erkannt werden darf; vgl. §§ 37 N. 7₂, 233 N. 3₂. Die Strafarten des StGB. selbst sind folgende:

a. Hauptstrafen (u. zwar zu 1—6 ordentliche, zu 7 außerordentliche).
   1. Todesstrafe; § 13.
   2. Zuchthausstrafe, lebenslängliche und zeitige; § 14.
   3. Gefängnisstrafe; § 16.
   4. Festungshaft, lebenslängliche und zeitige; § 17.
   5. Haft; § 18.
   6. Geldstrafe; § 27.
   7. Verweis; § 57⁴.

b. Nebenstrafen.
   1. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, dauernder und zeitiger; § 32.
   2. Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter; §§ 35, 128, 129 u. 358.
   3. Dauernde Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphen-Dienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste; § 319.
   4. Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte; §§ 81, 83, 84, 87—91, 94 u. 95.
   5. Dauernde Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden; § 161.
   6. Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht; § 38.
   7. Einziehung einzelner Gegenstände; § 40 und — im Falle der Verurteilung einer bestimmten Person — § 152.
   8. Verfallerklärung des als Vorteil Empfangenen oder dessen Werts; § 335.
   9. Überweisung an die Landespolizeibehörde; §§ 181a, 362₃₋₄.

Digitized by Google

4) Als polizeiliche Maßnahmen kennt das StGB. selbst folgende:

a. Verweisung aus dem Bundesgebiete, als besondere Folge der Verurteilung im Falle des § 284 (nicht bloß als Folge der Nebenstr. zu N. 3b, 6 u. 9).

b. Überweisung an die Familie oder Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt; § 56.

c. Unbrauchbarmachung von Schriften, Abbildungen und Darstellungen; §§ 41, 42.

d. Einziehung von Gegenständen ohne Verurteilung einer Person; § 42 bzw. § 152; oder ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht; §§ 152, 295, 296a, 360_2, 367_2, 369_3.

Andere Reichsges. kennen noch andere polizeil. Maßnahmen, die mit gew. strafb. Hdlgen bzw. mit der Verhütung derselben in Verbindung stehen; so z. B. Erwerbs- u. WirtschaftsgenossenschaftsG. i. d. F. v. 20. Mai 1898 § 81 sowie GewerbegerichtsG. v. 29. September 1901 $§ 21_3$.

Landesges., welche ähnliche polizeil. Maßnahmen zulassen oder vorschreiben, sind durch die Strafgesetzgbg. des DR., insbs. auch durch EG. §§ 5 (das. N. 7) u. 6 (das. N. 4), unberührt geblieben; der Charakter einer solchen Vorschrift als polizeil. Schutzmaßregel wird auch dadurch nicht geändert, daß der Gesetzgeber die btr. Maßnahme, wie z. B. die Schließung von polit. Vereinen nach Pr.V. über das Versammlungs- u. Vereinigungsr. v. 11. März 1850 § 16, mit einem Strafverfahren in Verbindung gesetzt und so Organe der Strafrechtspflege polizeil. Zwecken dienstbar gemacht hat; RG. II 18. Feb. 87 E. 15 305.

5) Als Privatgenugtuungen kennt das StGB. selbst folgende:

a. Buße; §§ 188, 231.

b. Befugnis des Verletzten, die Verurteilung des Schuldigen auf Kosten desselben öffentlich bekannt zu machen, sowie Erteilung einer Urteilsausfertigung an den Verletzten; §§ 165, 200.

In anderen Strafges. noch vorkommende weitere Privatgenugtuungen sind, gleichwie etwaige Vorschriften über Konventionalstrafen (vgl. RG. IV 11. Feb. 87 E. 15 266 btr. der durch Eisenbahnbetriebs-Regl. v. 11. Mai 1874 $§ 50^4$ — vgl. jetzt EisenbahnverkehrsO. § 53 — als Frachtzuschlag bezeichneten Konventionalstr.), durch die Strafgesetzgbg. des DR. als solche nicht berührt.

6) Die oben N. 3a angegebene Reihenfolge der Hauptstr. entspricht dem allgemeinen Verhältnis ihrer Schwere zueinander. Es kann zunächst nicht zweifelhaft sein, daß einerseits die Todesstr. die schwerste, andererseits die einzige außerordentliche Hauptstr. des Verweises auch die leichteste Hauptstr. ist. Letzteres folgt daraus, daß der Verweis ein materielles Übel überhaupt nicht zufügt, und wird auch durch $§ 57^4$ insofern anerkannt, als der Verweis gegen jugendliche Personen in besonders leichten Fällen bei Verg. und Übertr., also auch statt Geldstr., erkannt werden darf; § 57 N. 11, 12.

Was ferner das Verhältnis der Schwere der Geldstr. zu den Freiheitsstr. anbetrifft, so läßt sich, da die Freiheit ein höheres Gut als das Vermögen ist, im allg. eine Freiheitsstr. als die schwerere Strafart im Vergleich zur Geldstr. bezeichnen (§ 73 N. 26), wenn auch im konkreten Falle die letztere vermöge ihrer Höhe härter sein kann als eine Freiheitsstr. von kurzer Dauer; § 2 N. 23a.

Das Verhältnis endlich zwischen Zuchthaus, Gefängnis und Festung ist im § 21 ausdrücklich geregelt. Daß i. S. des StGB. aber Festungsh. als eine schwerere Strafe wie die Haft anzusehen sei, folgt daraus, daß diese ausschließlich eine Strafe für Übertr., jene eine solche für Verbr. u. Verg. ist. Haft ist somit die leichteste Freiheitsstr. Im einzelnen Falle kann das Verhältnis jedoch durch die verschiedene Dauer der Freiheitsstr. sich anders gestalten; § 2 N. 23b.

Zwischen den Arten der Nebenstr. waltet ein bestimmtes Schwereverhältnis nicht ob.

§. 13.

Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken.

PrStGB. $§ 7_1$. Entw. I § 9, II § 11. StR. S. 95—136, 177, 1092, 1119—1140, 1142.

Anlage 2 zu den Motiven: Über die Todesstrafe.

Digitized by Google

1) Die Todesstrafe, deren Abschaffung in zweiter Beratung beschlossen war, wurde, nachdem ihre Beseitigung von den verbündeten Regierungen für unannehmbar erklärt worden war, zufolge dritter Beratung wiederum in das StGB. aufgenommen.

Im StGB. selbst ist die Todesstr. nur in den §§ 80 u. 211 angedroht; dazu tritt die Bestimmung des EG. § 4. Außerhalb des RStGB. findet sich die Androhung der Todesstr. in größerem Umfange im MStGB., jedoch nur wegen im Felde begangener Verbrechen (vgl. Hecker Militärstrafr. S. 48), sonst nur noch im SprengstoffG. § 5_3 u. im G. btr. die Bestrafung des Sklavenraubes u. des Sklavenhandels v. 28. Juli 1895 § 1_2.

Die Androhung der Todesstr. selbst ist im StGB. eine absolute; vgl. jedoch N. 4.

2) Im § 13 werden zwei verschiedene Anordnungen getroffen; einmal stellt er die Todesstr. als Strafart auf, dann aber enthält er die nähere Bestimmung, daß die Todesstr. durch Enthauptung zu vollstrecken sei. Die letztere Vorschrift, welche bei der ihrem Wesen nach in sich bestimmten Todesstr. nur von untergeordneter Bedeutung ist, gehört ihrer Natur nach dem Grenzgebiet des materiellen und des formellen Strafr. an, so daß sie bei gleichzeitigem Erlaß einer StPO. ebenso gut in dieser hätte Platz finden können. Jedenfalls hat das StGB., wie die Motive zu § 13 aE. ersehen lassen, nur die materielle Seite der Todesstr. regeln wollen, während ihre Vollstreckung, sowenig wie der Strafvollzug überhaupt (Abschn. 1 N. 1_2), eine im StGB. geregelte Materie nicht ist. Der Grundsatz, daß die Vollstreckung der Todesstr. durch Enthauptung zu geschehen habe, erscheint vielmehr nur als ein einzelner, das formelle Gebiet berührender Satz, neben dem nichtentgegenstehende Vorschriften der Landesgesetzgbg. in Kraft geblieben sind. Dieses gilt jetzt namentl. von denjenigen, welche die Art der Enthauptung betreffen (durch Beil oder Fallbeil); aM. Rubo N. 1. Im übrigen sind nähere Bestimmungen in der StPO. Buch VII Abschn. 1 „Strafvollstreckung" getroffen, insbs. auch, wie bereits die Motive in Aussicht nahmen, „über die Formen, unter welchen die Todesstrafe zu vollstrecken"; vgl. StPO. §§ 485, 486.

3) Eine Ausnahme erleidet § 13 durch MStGB. § 14 insofern, als die Todesstr., nicht nur wenn sie wegen eines milit. Verbr. (N. 1_2), sondern im Felde auch dann, wenn sie wegen eines nicht milit. Verbr. erkannt ist, durch Erschießen zu vollstrecken ist. Dabei ist es gleichgültig, ob die Todesstr. auch im Felde erkannt ist (Berner S. 201, Hecker Militärstrafr. S. 48, Rubo MStGB. § 14 N. 1), während die Vorschriften des § 485 StPO. immer zu beachten bleiben.

Vgl. ferner das SchutzgebietsG. i. d. Fassung v. 10. Septbr. 1900 § 6^3, wonach durch Kaiserl. V. an Stelle der Enthauptung eine andere, eine Schärfung nicht enthaltende Art der Vollstreckung der Todesstr. angeordnet werden kann.

4) Neben der Todesstr. „kann" auf VbER. erkannt werden; §§ 32—34. Indem sonach diese Nebenstr. fakultativ ist, enthalten auch die die Todesstr. androhenden Strafsanktionen keine absolut bestimmte Strafe.

5) Unzulässig ist die Todesstr. im Falle des Versuchs (§ 44_2; vgl. jedoch auch § 80) und der Beihilfe (§ 49_2) sowie gegen nicht voll Strafmündige (§ 57^1).

§. 14.

Die Zuchthausstrafe ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

Der Höchstbetrag der zeitigen Zuchthausstrafe ist funfzehn Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Jahr.

Wo das Gesetz die Zuchthausstrafe nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

PrStGB. § 10. Entw. I § 11, II § 12.

Anlage 4 zu den Motiven: Über die höchste Dauer zeitiger Zuchthausstrafe.

1) Lebenslängliche Zuchthausstrafe ist ausschließlich angedroht in den §§ 87 u. 90, wahlweise mit lebenslängl. Festungsh. in den §§ 81, 88 u. 94, wahlweise mit Zuchth. von

Digitized by Google

10—15 J. in den §§ 178, 214, 215, 220, 229, 251, 307, 312, 315, 322, 323 u. 324 sowie im NahrungsmittelG. § 13 und im SprengstoffG. § 5_2.

2) Von der zeitigen — gemäß § 19_2 „nur nach vollen Monaten" zu bemessenden — Zuchthausstrafe handelt Abs. 2. Die hier getroffene Bestimmung hat übrigens nur den Fall vor Augen, wenn zeitige Zuchthausstr. für eine einzelne strafb. Hdlg. erkannt ist, während erst § 74 den Fall berücksichtigt, daß zeitige Zuchthausstr. für mehrere strafb. Hdlgen verwirkt sind.

Für die zeitige Zuchthausstr. ist die zulässig höchste (N. 3) und niedrigste (N. 4) Dauer bestimmt. Nach den Gründen (vgl. die Motive u. namentl. Anl. 4 z. densl.), die für eine solche Festsetzung sowohl nach der einen wie nach der anderen Richtung maßgebend gewesen sind, ist anzunehmen, daß diese Begrenzung als eine für die Strafart derartig wesentliche erachtet ist, daß Zuchthausstr. auch auf Grund älterer Landesgesetze (vgl. EG. § 6 N. 5) nur innerhalb jener Grenzen erkannt werden darf; so die GM. Soweit Zuchth. von längerer Dauer angedroht ist, tritt eine Zurückführung auf den Höchstbetrag des StGB. ein, ebenso eine Zurückführung auf den Mindestbetrag des StGB., sofern das btr. SonderG. nur allg. den höheren Mindestbetrag des partikulären StGB. voraussetzt. Wenn aber das btr. SonderG. eine Zuchthausstr. unter Einem J. androht, so kann mangels einer Übergangsbestimmung (EG. § 8) nur unter Zugrundelegung des im § 21 angegebenen Verhältnisses auf Gefängnisstr. erkannt werden.

3) Der Höchstbetrag der zeitigen Zuchthausstrafe für eine strafb. Hdlg. trifft mit demjenigen zusammen, der nach § 74_2 als Gesamtst. für mehrere Verbr. erkannt werden darf.

Es zeigt sich aber der Unterschied, daß die Zuchthausstr. für mehrere Hdlgen dann 15 J. übersteigen kann (aM. Rubo § 74 N. 10), wenn gleichzeitig neben einer der Freiheitsstr., aus welchen die Gesamtstr. gebildet ist, auf Geldstr. erkannt war und diese nach § 28_3 in Zuchth. umzuwandeln ist, während dadurch bei einer wegen eines Verbr. erkannten Zuchthausstr. niemals ein Überschreiten von 15 J. erfolgen kann, weil Geldstr. nur neben Zuchthausstr. bis zu 10 J. angedroht ist und der Höchstbetrag der an die Stelle einer Geldstr. tretenden Zuchthausstr. 8 Mt. beträgt; vgl. §§ 29, 28, 21.

Auf Grund verschiedener, nicht dem § 79 unterliegender, Urteile können zeitige Zuchthausstr. in unterbrochenem Zusammenhange von mehr als 15j. Dauer zur Vollstreckung kommen. Ebenso auf Grund eines früheren Urteils und eines späteren, wegen mehrerer teils unter § 79 fallender, teils nicht darunter fallender Straftaten ergehenden, Urteils; so RG. II 5. Apr. 81 E. 4 53; aM. Geyer 1 151, weil Abs. 2 so kategorisch spreche, daß er keine Ausnahme zulasse (s. jedoch N. 2).

4) Unter den vorgeschriebenen Mindestbetrag von Einem Jahre kann, da die §§ 44 u. 49 die Verwandlung der unter einem Jahre verwirkten Zuchthausstr. in Gefängnis vorschreiben, in keinem Falle hinuntergegangen werden. Denn auch in den Fällen der §§ 7 u. 60 (das. N. 10_2) muß eine etwa zu erkennende Zuchthausstr. mindestens 1 J. betragen; sie kommt nur nicht, wenn hierauf erkannt ist, in dieser Höhe zur Vollstreckung, sowenig wie wenn in anderen Fällen auf nur 1 J. Zuchth. erkannt und nach StPO. § 482 die seit Verzicht auf Einlegung eines Rechtsmittels oder seit Zurücknahme desselben oder seit Ablauf der Einlegungsfrist erlittene Untersuchungsh. anzurechnen ist. Der Umstand, daß der Gesetzgeber bei Bestimmung des Mindestbetrages wesentlich die Strafvollstreckung im Auge gehabt habe, kann aber in jenen Fällen nicht nach Analogie der §§ 44, 49 zur Umwandlung der Zuchthausstr. in Gef. führen; vgl. §§ 7 N. 6, 60 N. 10_3.

Wegen der Fälle, in denen auf Zuchth. als Gesamtstr. für mehrere strafb. Hdlgen zu erkennen ist, sowie der dann zulässigen Erhöhung der Einsatzstr. sogar um weniger als Einen Mt. bzw. den Wegfall von Tagesbruchteilen vgl. § 19 N. 6a, 7a.

5) Wegen der von Rechts wegen eintretenden Folgen der Zuchthausstr. vgl. § 31. Neben der Zuchthausstr. „kann" auf BüEM. erkannt werden; §§ 32—34.

6) In den Fällen des Versuchs und der Beihilfe darf auf lebenslängl. Zuchthausstr. nicht erkannt werden, während bei der zeitigen Zuchthausstr. unter Umständen eine derartige Ermäßigung eintreten kann, daß ihre Verwandlung in Gef. erfolgen muß; §§ 44_2, 49.

Digitized by Google

7) Unzulässig ist die Zuchthausstr. gegen nicht voll Strafmündige; § 57[1. 3].
8) Wegen des Verhältnisses der Zuchthausstr. zu Gef. und Festungsh. vgl. § 21.

§. 15.

Die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten sind in der Strafanstalt zu den eingeführten Arbeiten anzuhalten.

Sie können auch zu Arbeiten außerhalb der Anstalt, insbesondere zu öffentlichen oder von einer Staatsbehörde beaufsichtigten Arbeiten verwendet werden. Diese Art der Beschäftigung ist nur dann zulässig, wenn die Gefangenen dabei von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden.

PrStGB. § 11. Entw. I § 12, II § 13.

Vgl. § 16 Abs. 3.

1) Anders als bei der in sich ihrem Wesen nach bestimmten Todesstr., bedarf es notwendig näherer Bestimmungen, wodurch die einzelnen Arten der Freiheitsstrafen voneinander ihrem Wesen nach unterschieden werden; sie gehören demnach dem materiellen Strafr. an; Binding Normen I 18. Wie dagegen der Strafvollzug zu gestalten sei, damit der wesentliche Charakter der Strafarten gewahrt werde, gehört in das Strafprozeßr. und eine Regelung der Materie hat in dieser Hinsicht nicht stattgefunden (E. I Abschn. 1 N. 1_2).

2) Das Wesen der Zuchthausstr. besteht neben der Freiheitsentziehung in der Zwangsarbeit, d. h. in der erzwungenen Leistung der in der „Strafanstalt" eingeführten Arbeiten, mögen sie auch an sich den Fähigkeiten und Verhältnissen des Sträflings nicht entsprechen ($§ 16_3$). Soweit es die eingeführten Arbeiten gestatten, ist eine Rücksichtnahme auf die letzteren nicht ausgeschlossen.

3) Die namentlich mit Rücksicht auf das Wohl der Sträflinge, aber auch mit Rücksicht auf gewisse ökonomische Vorteile für die Verwaltung der Strafanstalten zugelassene (nicht vorgeschriebene) Außenarbeit hängt von der Zustimmung der Sträflinge nicht ab ($§ 16_3$).

§. 16.

Der Höchstbetrag der Gefängnißstrafe ist fünf Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Tag.

Die zur Gefängnißstrafe Verurtheilten können in einer Gefangenanstalt auf eine ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise beschäftigt werden; auf ihr Verlangen sind sie in dieser Weise zu beschäftigen.

Eine Beschäftigung außerhalb der Anstalt (§ 15) ist nur mit ihrer Zustimmung zulässig.

PrStGB. § 14. Entw. I, II § 14. StB. S. 1142.

1) Die Gefängnisstrafe, welche im StGB. als Strafe sowohl für vorsätzl. wie auch für fahrl. Vergehen vorkommt, ist stets eine zeitige.

Ihr „Höchstbetrag" ist, wenn sie für Eine strafb. Hdlg. erkannt wird, 5 J. Eine Ausnahme erleidet diese Bestimmung durch $§ 57^{1. 3}$ (das. N. 7_3), während auch infolge der Umwandlung einer neben Gef. erkannten Geldstr. gemäß § 28 eine einzelne strafb. Hdlg. im Resultate mit einer höheren als 5jähr. Gefängnisstr. geahndet werden kann. Dasselbe Resultat kann übrigens durch das Prinzip der relativen Rechtskraft herbeigeführt werden; vgl. Berlin 21. März 77 O. 18 238. Über den Höchstbetrag für den Fall einer zu verhängenden Gesamtstr. für mehrere strafb. Hdlgen vgl. $§ 74_3$ N. 17_3.

Der niedrigste Höchstbetrag der Gefängnisstr., welchen das StGB. (§ 138) androht, beträgt 2 Mt., also mehr wie der überhaupt zulässige Höchstbetrag der für Eine strafb. Hdlg. zu verhängenden Haftstr. ($§ 18_2$).

2) Eine Freiheitsstr. wird ihrer Art nach wesentlich mit bestimmt durch den zulässigen Höchstbetrag; es darf deshalb Gefängnis auch auf Grund älterer Landesgesetze (vgl. EG. §§ 5 N. 2, 6 N. 5) nur bis zu 5 J. erkannt werden. So die GM.

Digitized by Google

Dagegen ist die Landesgesetzgbg. völlig unbeschränkt, Gefängnis auch mit einem niedrigeren Höchstbetrage als dem durch EG. § 5 gestatteten von 2 J. anzudrohen; denn das StGB. enthält in dieser Beziehung keinerlei Vorschrift (N. 1_2) und deshalb ist z. B. eine Strafandrohung von Gef. „b. z. 4 Wochen" in keiner Weise im Widerspruch mit der im StGB. selbst bestimmten Strafart der Gefängnisstr. Auch eine derartige bedrohte Hdlg. würde nach § 1_2 ein Verg. und nicht etwa eine Übertr. darstellen.

3) Darüber, daß unter den Mindestbetrag von Einem Tage nicht hinuntergegangen werden kann, sowie über die Strafbemessung in den Fällen der der §§ 44, 49 u. den Wegfall eines Tagesbruchteiles, vgl. § 19 N. 6 (insbs. b), 7 b.

Über die Höhe des Mindestbetrags der militär-strafgesetzlichen Gefängnisstr. (6 W. u. 1 T.) vgl. RG. II 12. Okt. 97 E. 30 277.

4) Wenn Abs. 2 des Ausdrucks „Gefangenanstalt" sich bedient, so hat dadurch nicht zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß gerade denjenigen (geschlossenen) Räumen, in denen die „Gefängnisstr." vollstreckt werde, technisch die Bezeichnung „Gefangenanstalt" zukäme. Der Ausdruck wird auch sonst (§ 120 N. 4) in einer allg. Bedeutung gebraucht. Unter den „Gefangenanstalten" hebt das StGB. mit technisch. Bezeichnung nur die „Strafanstalten" (§ 15) hervor. Die Motive sprechen zum Entw. § 14 von „Gefängnissen"; dieser Ausdruck hat aber in den § 16 keine Annahme gefunden, und wird auch im § 174^3 nicht technisch gebraucht. Ebensowenig hat das StGB. für die Räume, in denen die Festungsh. und die Haft verbüßt wird, eine techn. Bezeichnung (vgl. jedoch § 17 N. 5_2); in der Tat wird auch die „Haft" meist in denselben „Gefangenanstalten" verbüßt wie die Gefängnisstr.; ja auch die Untersuchungsgefangenen werden zum Teil in denselben Anstalten verwahrt.

Bei dieser Sachlage hat die den Strafvollzug (T. I Abschn. 1 Nr. 1_2) regelnde Landesgesetzgbg. freie Hand, zu bestimmen, in welchen und in wie benannten Räumen die Gefängnisstr. vollstreckt werde. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint demgemäß auch die Bestimmung des PrG. btr. die Rechtsverhältnisse der Studierenden v. 29. Mai 1869 § 6_2 rechtsgültig, wonach die von den Gerichten gegen Studierende erkannte Freiheitsstr. bis zu 2 W. auf Antrag der gerichtl. Behörden in dem „akademischen Karzer" verbüßt werden kann. Letzterer ist aber auch eine „Gefangenanstalt" (§ 120 N. 4). So: H. Meyer S. 358 N. 37, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 4. AM.: Ortloff, Zimmermann GS. 33 215, 34 391; zweifelhaft ist v. Liszt S. 264 N. 5.

5) Während die beiden Entwürfe eine den Fähigkeiten und Verhältnissen des Verurteilten angemessene Beschäftigung vorschrieben, wurde in dritter Beratung ohne Debatte die jetzige Fassung angenommen, welche sowohl auf die Verhältnisse der Gefangenanstalten, in denen häufig schwer eine angemessene Beschäftigung zu ermöglichen ist, als auch auf die Gefangenen rücksichtigt, die nicht selten fehlende Beschäftigung als Erschwerung der Strafe empfinden. Bei einer Kollision beider Interessen ist die Rücksicht auf die Gefangenen als die schwerer wiegende anerkannt, indem ihrem „Verlangen" nach Arbeit stattgegeben werden muß. Vgl. übrigens §§ 17 f. der o. T. I Abschn. 1 N. 1_2 erwähnten „Grundsätze".

Innerhalb der durch Abs. 2 gezogenen Grenzen kann Arbeitszwang eingeführt werden; Geyer 1 151. Die Landesgesetzgbg. kann somit bezüglich des Strafvollzugs (Abschn. 1 N. 1_2) ihren Einfluß betätigen; Binding Hb. 1 297.

6) Daß die Beschäftigung „den Fähigkeiten und Verhältnissen des Gefangenen angemessen" (vgl. § 361^7) sein müsse, ist nach Abs. 2 eine allgemeine und deshalb auch für Abs. 3 gültige Bestimmung. Die Verweisung auf § 15 bedeutet nur, daß die „Beschäftigung außerhalb der Anstalt" — ihre Angemessenheit und die „Zustimmung" des Gefangenen vorausgesetzt — nach Maßgabe der im § 15_2 gegebenen Vorschriften zu geschehen habe; aM. Rubo N. 7. Daß der Gefangene ein „Verlangen" (N. 5) nach Außenarbeit ausgesprochen habe, wird nicht erfordert, ebensowenig, daß die Zustimmung eine „ausdrückliche" sei; vgl. §§ 22_2, 23.

7) Neben der Gefängnisstr. „kann" in den gesetzlich vorgesehenen Fällen auf VbER. bzw. UmfgB. öffentl. Ämter erkannt werden; §§ 32—36.

8) Wegen des Verhältnisses der Gefängnisstr. zu Zuchth. u. Festungsh. vgl. § 21.

Digitized by Google

§. 17.

Die Festungshaft ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

Der Höchstbetrag der zeitigen Festungshaft ist funfzehn Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Tag.

Wo das Gesetz die Festungshaft nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

Die Strafe der Festungshaft besteht in Freiheitsentziehung mit Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise des Gefangenen; sie wird in Festungen oder in anderen dazu bestimmten Räumen vollzogen.

PrStGB. § 13. Entw. I § 13, II § 15. StB. S. 771, 1142.

1) Während nach den Entwürfen die Festungsh. nur eine zeitige mit dem Höchstbetrage von 10 J. sein sollte, wurde infolge der Beschlüsse der zweiten Beratung zum Teil II des StGB. erst in dritter Beratung die jetzige Fassung angenommen. Es entstanden hierdurch manche, durch die StGN. im wesentlichen ausgeglichene Unebenheiten (vgl. z. B. §§ 70 N. 1, 208 N. 4); Sontag Festungsh. S. 149 u. Redaktionsverf. S. 54 ff.

2) Lebenslängliche Festungsh. ist nur wahlweise neben lebenslängl. Zuchth. in den §§ 81, 88 u. 94 angedroht.

Unzulässig ist dieselbe im Falle des Versuchs (§ 44_3) und der Beihilfe (§ 49_2), ferner gegen nicht voll Strafmündige (§ 57^2).

3) Die — im Falle des § 345_2 für ein fahrl. Verg., sonst nur für vorsätzl. strafb. Hdlgen angedrohte — zeitige Festungsh. ist meist wahlweise neben Zuchth. o. Gef. angedroht; ausschließlich kommt sie nur in den §§ 102, 201—203, 205 u. 206 vor.

4) In betreff des Höchstbetrages der für Eine strafb. Hdlg. zu verhängenden zeitigen Festungsh. gilt dasselbe wie betreffs desjenigen der Zuchthausstr. (§ 14 N. 2_2). Der niedrigste Höchstbetrag der Festungsh., welchen das StGB. (§§ 104, 345_2) kennt, ist Ein Jahr. Es würden aber spätere Reichsstrafgef. Festungsh. sehr wohl mit einem niedrigeren Höchstbetrage, selbst mit einem solchen unter 6 M., androhen können, ohne mit der Regelung der Strafart der Festungsh. im StGB. sich in Widerspruch zu setzen (vgl. § 16 N. 2_2). Über den Höchstbetrag für den Fall einer wegen mehrerer strafb. Hdlgen zu verhängenden Gesamtstr. vgl. § 74_3.

Wegen des Mindestbetrages von Einem Tage vgl. § 19 N. 6 (insbs. b), 7 b.

5) Die Festungsh. soll „in Festungen oder in anderen dazu bestimmten Räumen" vollzogen werden. Daß die Bestimmung der Räume zur Vollziehung der Festungsh. eine dauernde sei, ist nicht notwendig; es werden also auch in einer Gefangenanstalt belegene Räume, in denen regelmäßig andere Freiheitsstr. vollstreckt werden, dazu bestimmt werden können, wenn sie nur während der Festungsh. ausschließlich diesem Zwecke dienen (vgl. § 16 N. 4_2 sowie § 6_1 der o. T. I Abschn. 1 N. 1_2 erwähnten „Grundsätze"). Welche Behörde befugt sei, derartige Räume zu bestimmen, entscheidet sich je nach dem Staats- u. Verwaltungsr. der Bundesstaaten.

Die Räume der Festungen, in welchen die Festungsh. vollstreckt wird, führen nach dem Militär-Strafvollstreckungs-Regl. v. 2. Juli 1873 die Bezeichnung „Festungsstuben-Gefangenanstalten". Auf die Festungsh., die in Festungen verbüßt wird, finden die „Grundsätze" des BR. keine Anwendung (§ 40).

6) Die Festungsh. ist diejenige Freiheitsstr., welche, wie die Motive sagen, „in bezug auf die durch die Strafe gebotenen Beschränkungen in der persönlichen Freiheit des Verurteilten auf das geringste Maß zurückgeht". Sie besteht deshalb „in Freiheitsentziehung mit Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise" der Gefangenen; vgl. §§ 6_2, 19, 33 der mehrerwähnten „Grundsätze". Trotz der Vorschrift des § 18_2 wird man mit der GM. nicht anstehen dürfen, i. S. des StGB. die Festungsh. als eine härtere Strafart wie die Haft zu bezeichnen; vgl. T. I Abschn. 1 N. 6.

Digitized by Google

7) Wie weit die Beaufsichtigung sich zu erstrecken habe, ist nicht bestimmt; es ist das vielmehr Sache des Strafvollzugs (T. I Abschn. 1 N. 1_3). Es erscheint aber die Einzelhaft mit einer bloßen Beaufsichtigung der Lebensweise unverträglich und es ist auch dafür zu erachten, daß sie bei der Festungsh. durch § 22 (das. N. 1) positiv ausgeschlossen sei. Eine zeitweilige Absonderung der Festungsgefangenen, z. B. zur Nachtzeit, ist aber trotzdem statthaft.

8) Wegen des Verhältnisses der Festungsh. zu Zuchth. u. Gef. vgl. § 21.

§. 18.

Der Höchstbetrag der Haft ist sechs Wochen, ihr Mindestbetrag Ein Tag. Die Strafe der Haft besteht in einfacher Freiheitsentziehung.

PrStGB. § 334. Entw. I § 339, II § 16. StB. S. 177 und 771. Anhang I der Motive: Die Aufnahme der Übertretungen und deren Behandlung im Entwurf.

1) Haft ist in der Regel für Übertretungen und nur ausnahmsweise für Vergehen angedroht, so im StGB. selbst in den §§ 140^2, 185, 186. Mit Rücksicht darauf erklärt sich übrigens die Fassung der Nr. 14 des GBG. § 75; trotzdem sie der in Verbindung mit Gef. bis zu 6 Mt. o. mit Geldstr. bis zu 1500 M. auftretenden Bedrohung mit Haft nicht gedenkt, ist die Überweisungsfähigkeit bei einer solchen Strafandrohung anzunehmen (vgl. GBG. § 27 Nr. 2).

Die Androhung von Haft findet sich sowohl gegen vorsätzliche wie gegen fahrlässige strafb. Hdlgen. Vgl. auch StPO. § 69, ZPO. §§ 390, 913.

2) Der Höchstbetrag der für Eine Straftat zu erkennenden Haft beträgt 6 W.; sollte neben Haft Geldstr. angedroht sein, was jedoch im StGB. selbst nicht vorkommt, so würde infolge der Umwandlung der Geldstr. in Haft gemäß § 28 eine einzelne Hdlg. im Ergebnisse mit einer höheren als 6wöchigen Haftstr. belegt werden können. Der niedrigste Höchstbetrag der Haftstr., den das StGB. (§§ 365_2, 366, 368) kennt, ist vierzehn Tage.

Der Höchstbetrag von 6 W. ist auch für die Landesgesetzgbg. bindend und, abgesehen von dem Falle des § 77_2, darf auf eine höhere Haftstr. nicht erkannt werden (vgl. § 16 N. 2_1); so die GM.

3) Darüber, daß unter den Mindestbetrag von Einem Tage nicht hinuntergegangen werden kann, sowie über die Strafbemessung in den Fällen der §§ 44, 49 i. V. mit §§ 140^2, 185, 186 und den Wegfall eines Tagesbruchteiles vgl. § 19 N. 6 (insbs. b), 7 b.

4) Die Haftstr. besteht regelmäßig in „einfacher Freiheitsentziehung"; wg. der Beschäftigung vgl. § 19 der „Grundsätze" des BR. (T. I Abschn. 1 N. 1_2). Eine Ausnahme läßt jedoch 362_1 zu.

Darüber, daß die Haft die leichteste Freiheitsstr. ist, vgl. T. I Abschn. 1 N. 6 sowie §§ 17 N. 6, 21 N. 3.

Die Räume, in denen die „Haft" verbüßt wird, haben keinen techn. Namen, sondern fallen unter den allg. Begriff der „Gefangenanstalten"; vgl. § 16 N. 4, insbs. auch die hier gleichfalls zutreffende Ausführung im Abs. 2.

5) Außerhalb der Anstalt (N. 4_3) dürfen die zur Haft Verurteilten nicht beschäftigt werden; etwaige abweichende Landesgef. (z. B. PrG. btr. die Beschäftigg. d. Strafgef. außerhalb der Anstalt v. 11. Apr. 1854 § 7) sind als entgegenstehend (Abschn. 1 N. 1_3) ungültig. So: Hälschner 1 600 N. 2, Rüd.-St. N. 2. AM. Oppenh.-D. N. 3.

Die Frage, ob die Haft als Einzelhaft vollstreckt werden dürfe, ist im StGB. durch § 22 (das. N. 1) verneint.

6) Über das Verhältnis der Haft zum gelinden Arrest (MStGB. § 19) vgl. RMG. II 27. Juni 03 E. 5 212.

§. 19.

Bei Freiheitsstrafen wird der Tag zu vierundzwanzig Stunden, die Woche zu sieben Tagen, der Monat und das Jahr nach der Kalenderzeit gerechnet.

Digitized by Google

Die Dauer einer Zuchthausstrafe darf nur nach vollen Monaten, die Dauer einer anderen Freiheitsstrafe nur nach vollen Tagen bemessen werden.

PrStGB. § 15. Entw. I § 15, II § 17.

1) Nach den Mot. sind die, sämtliche Freiheitsstr. betreffenden, Bestimmungen sowohl des Abs. 1 als auch des Abs. 2 zur Beseitigung von Schwierigkeiten bei der Strafvollstrckg., namentl. im Interesse der Verwaltung der Gefangenanstalten, getroffen. Allein diese Absicht wird bei Abs. 1 durch StPO. § 482 wesentlich beeinträchtigt, bei Abs. 2 bereits durch mehrfache nach dem StGB. selbst für zulässig zu erachtende Ausnahmen durchbrochen (N. 6).

Zu § 19 Absatz 1. N. 2—4.

2) Wenn der Tag „zu vierundzwanzig Stunden" zu rechnen ist — also die natürliche Berechnung stattfindet — so ergibt sich, daß die Entlassung des Gefangenen aus der Anstalt stets um dieselbe Stunde zu erfolgen hat, in welcher seine Einführung geschah; vgl. jedoch PrGefängnisO. f. d. Justizverwaltung v. 21. Dez. 1898 (PrJMBl. S. 292) § 87$_6$.

Da der Monat „nach der Kalenderzeit" berechnet wird, so kann die Dauer einer einmonatigen Freiheitsstr. zwischen 28 und 31 Tagen schwanken. Erfolgte die Einführung eines Gefangenen am 31. o. 30. eines Monats, so muß die Entlassung ev., falls der Monat, in dem sie zu erfolgen hat, nicht soviel Tage hat, bereits am 30., 29. o. 28. geschehen, während umgekehrt, falls die Einführung am 28., 29. o. 30. — als dem letzten Tage des Monats — stattfand, die Entlassung an dem der Zahl nach entsprechenden Tage und nicht erst am letzten des btr. Monats, falls dieser auf einen späteren Tag (den 30. o. 31.) trifft, zu geschehen hat.

Ähnliches gilt, wenn die Strafe nach Jahren bemessen ist und die Einführung in einem Schaltjahre am 29. Feb. geschah, die Entlassung aber in einem Gemeinjahr erfolgen muß, oder umgekehrt, wenn die Einführung am letzten Feb. eines Gemeinjahres erfolgte und die Entlassung im Schaltjahr stattzufinden hat.

3) Für den Fall, daß eine angetretene Freiheitsstr. unterbrochen wird, ist zu beachten, daß eine Strafe nicht wiederholt, sondern nur einmal angetreten werden kann, derartig, daß die Dauer der zu verbüßenden Strafe lediglich nach der ersten Einführung bzw. nach StPO. § 482 zu berechnen ist. Durch den hiernach zu bestimmenden Strafantritt wird die Monats- bzw. Jahresstrafzeit des Urteils definitiv auf Straftage festgesetzt; Keyßner GS. 27 558.

4) Bei Ausführung der im § 492 StPO. angeordneten Maßregel kann es sich darum handeln, nach Festsetzung der Gesamtstr. die bereits verbüßte Strafe von der noch zu verbüßenden in Abzug zu bringen und dabei ev. die verbüßte leichtere Strafe, z. B. 2 Mt. 6 T. Gef. in die schwerere Zuchthausstr., umzuwandeln. Hierbei darf nicht etwa ein Mt. = 30 T. gesetzt werden, sondern es muß die wirklich verbüßte Anzahl Tage Gef. nach dem aus § 21 erhellenden Verhältnis in Zuchth. verwandelt und alsdann von der Gesamtstr. in Abzug gebracht werden; § 21 N. 2. Gleiches gilt, wenn es sich um die Anrechnung einer Monate umfassenden verbüßten Strafzeit auf die Gesamtstrafe handelt; München OberstLG. 7. Aug. 03 E. 4 3.

Zu § 19 Absatz 2. N. 5—7.

5) Aus der Bestimmung des Abs. 2 hat man (so wiederholt Berlin, z. B. 2. Okt. 72 St. 2 104, aber auch gelegentlich RG. II 15. Apr. 98 E. 31 106) für die Zuchthausstr. gefolgert, daß sie nicht nach Teilen eines Jahres bemessen werden dürfe, weil, da das nach der Kalenderzeit zu berechnende Jahr einen Zeitraum von 365 o. 366 Tagen umfasse, der Teil eines Jahres niemals volle Monate ergeben könne, für die übrigen Freiheitsstr. aber (RG. III 18. Juni 81 R. 3 415, I 21. Dez. 83 E. 10 22, Berlin 2. Juli 75 O. 16 515), daß sie nicht nach Teilen eines Monats o. Jahres abgemessen werden dürften, weil der Teil möglicherweise den Bruch eines Tages ergebe. Hiergegen ist jedoch mit Recht von Sabarth G. 47 401 geltend gemacht, daß die Bemessung nach Zwölfteln eines Jahres für zulässig zu erachten sei, weil damit lediglich ein Monat bezeichnet werde;

Digitized by Google

folgeweise ist auch zulässig auf $^1/_4$, $^1/_3$ o. $^1/_2$ J. Freiheitsstr. zu erkennen, weil darunter 3, 4 bzw. 6 Monate zu verstehen sind; so auch jetzt btr. $1^1/_2$ J. Zuchth. RG. II 3. Mai 04 G. 51 .

6) Der § 19_2 trifft Vorschriften über das „Bemessen" der Dauer der Freiheitsstr. Er findet deshalb von vornherein keine Anwendung in den Fällen der §§ 7 (das. N. 6) u. 60 (das. N. 10); so v. Liszt S. 282; aM. Rubo N. 4. Hier handelt es sich um ein Erkennen, d. h. ein „Bemessen", der Strafe überhaupt nicht; dieses ist vielmehr der vorzunehmenden „Anrechnung" vorausgegangen. Ebensowenig hat § 24 etwas mit § 19_2 zu tun.

Andere Vorschriften des StGB. sind aber mit § 19_2 in vollem Umfange nicht vereinbar; es fragt sich daher, ob und inwieweit Ausnahmen vom § 19_2 durch jene begründet werden. Wie Rubo S. 144 hervorhebt, ist während aller Gesetzgebungsstadien, welche der Entw. des StGB. zu durchlaufen hatte, von der Klausel „insoweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt" grundsätzlich abgesehen worden, indem man von deren Entbehrlichkeit ausging, da die Vorschriften des Gesetzes selbst ergeben müßten, ob und inwieweit letzteres eine aufgestellte Regel beschränke. Von diesem Standpunkte ist demgemäß auch bei Beantwortung der vorliegenden Frage auszugehen.

a) Mit der Vorschrift, daß die „Dauer einer Zuchthausstr. nur nach vollen Monaten" berechnet werden darf, kollidieren die Vorschriften der §§ 28_2 (über die Umwandlg. einer Geldstr. in Zuchth.) u. 74, 79 (über die Bildung einer Gesamtstr. durch Erhöhg. einer die Einsatzstr. bildenden Zuchthausstr.). Man wird annehmen müssen, daß diese Vorschriften als Ausnahmen (so Frank N. III; aM. Finger 1 535) den § 19_2 durchbrechen; denn der Grundsatz der Bemessung der Zuchthausstr. nach vollen Monaten erscheint nicht als ein seiner Natur nach keine Ausnahme zulassender, um so weniger als das StGB. in keiner Weise bedacht gewesen ist, zu verhüten, daß er durch strafprozessuale Vorschriften beeinträchtigt werde, er vielmehr durch StPO. § 482 aufs erheblichste betroffen wird. So jetzt die GM., insbs.: RG. III 13. Apr., 18. Juni 81, E. 4 161, R. 3 415, Berlin konstant, z. B. 22. Jan. 77 St. 1 196, München 21., 24. Aug. 74, 11. Juni 75, St. 4 100, 130, 5 249. Wg. früherer abweichender Ansichten vgl. Kommentar 5. Aufl. diese Note.

b) Eine andere Beantwortung erheischt die Frage, ob die Bestimmungen über Bestrafung des Versuchs bzw. der Beihilfe (§§ 44_4, 49_2), ferner über Bildung von Gesamtstr. durch Erhöhg. der sog. Einsatzstr. (§§ 74, 79) auch von der Vorschrift des § 19_2, daß „die Dauer anderer Freiheitsstr., außer Zuchth., nur nach vollen Tagen" zu bemessen sei, Ausnahmen begründen. Diese Frage ist zu verneinen; denn aus der Gesamtheit der Bestimmungen des StGB. über den Mindestbetrag der Freiheitsstr. ist zu schließen, daß letzteres bei ihr unter Einen Tag unbedingt nicht hinuntergehen wollte, weil ihm eine geringere Dauer der Freiheitsstr. mit dem Charakter einer Kriminalstr. unverträglich erschien. Dieser Grundsatz ist auch jenen Gesetzesbestimmungen gegenüber derartig festzuhalten, daß im Konfliktsfalle deren Verwirklichung zurückstehen muß. Es kann aus diesem Grunde auch nicht zugegeben werden, daß die Folgerichtigkeit der zu a) vertretenen Ansicht dazu führe, bei Gef. 2c. die Herabsetzung auf Stunden für zulässig zu erklären; diese Folgerung würde, wie Berner S. 289 mit Recht bemerkt, eine „nur äußerliche" sein. So die GM. AM.: Frank § 74 N. III 2, Rubo N. 4, v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 113 N. 1. Es ergibt sich hieraus, daß auch die Landesgesetzgbg. (EG. § 5 N. 4) geringere als eintägige Freiheitsstrafen nicht androhen darf; aM.: Berlin KG. 13. Dez. 88 Jahrb. 9 165, Köhler SeuffBl. 68 75.

7) Hat nach dem in N. 6 Bemerkten „ein Tag" als „letzte Rechnungseinheit" (Berner aO.) bei Bemessung der Freiheitsstr. zu gelten, so sind die daraus im einzelnen sich ergebenden Folgerungen zu ziehen:

a) Bei Verhängung einer Zuchthausstr. (N. 6a) erscheint der Wegfall eines etwa überschießenden Tagesbruchteiles unbedenklich, sowohl für den Fall des § 28_2 als auch für den der §§ 74, 79; so die GM., insbs. Berlin 6. März 72 O. 13 192 (btr. § 28_2).

b) Steht die Verhängung einer anderen Freiheitsstr. (N. 6b) in Frage, so wird zu unterscheiden sein:

Digitized by Google

α) Handelt es sich um die Bestrafung des Versuchs eines Verg. o. eines mit Festungsh. bedrohten Verbr. oder der Beihilfe zu einem solchen, so ist bei Strafandrohungen, die auf weniger als 4 Tage, namentl. also bis auf Einen Tag, hinuntergehen, die Vorschrift der §§ 44⁴, 49, daß die Strafe „bis auf ein Viertel des Mindestbetrages der angedrohten Freiheitsstr." ermäßigt werden könne, insoweit für unausführbar zu erachten, als das Viertel nur den Bruchteil eines Tages ausmachen würde; der Richter muß also mit mindestens Einem Tage Gef. o. Festungsh. strafen; RG. I 13. Feb. 82 E. 5 442, v. Schwarze § 44 N. 5, Baumgarten Versuch S. 453.

β) Anders ist die Sachlage im Falle der §§ 74, 79, sobald Eine der Einzelstr., aus denen die Gesamtstr. (§ 74 N. 11 insbs. Abs. 2) zu bilden ist, nur einen Tag beträgt; hier liegt eine wirkliche Kollision vor, welche die Alternative bedingt, daß entweder der Vorschrift der §§ 74, 76 entgegengehandelt oder der Tagesbruchteil in Wegfall gebracht werden muß. Gegen letzteres macht sich das Bedenken geltend, daß alsdann die Straftat, für welche allein ein T. Freiheitsstr. angemessen erachtet ist, anscheinend ohne Sühne bleibt; allein trotzdem ist diese Folgerung zu ziehen. Abgesehen davon, daß schon die Verurteilung wegen einer strafb. Hdlg. eine gewisse Sühne enthält, daß ferner das StGB. Fälle kennt, wo der als schuldig Verurteilte dennoch „straflos bleibt", so würde in dem hier in Rede stehenden Falle eine Straflosigkeit nicht einmal eintreten, denn die fragliche Tat würde durch die Gesamtstr. mit geahndet werden; sie würde sonach auch i. S. des § 244 eine „Bestrafung" erfahren haben. Unterstützt werden diese Gründe endlich durch das allg. Prinzip in dubio mitius (vgl. übrigens § 44 N. 6). Demgemäß bringen Tagesbruchteile in Wegfall: RG. IV 4. Juni 97 E. 30 141, Dresden 5. Jan. 72 St. 1 266.

γ) Bei der Umwandlung einer Geldstr. in eine Freiheitsstr. ist an dem Mindestbetrage von Einem Tage (§ 29_2) festzuhalten. Ist demnach gemäß einem besonderen StrafG. i. S. des EG. § 2_2 auf eine Geldstr. von weniger als 1 M. (vgl. § 27 N. 5b) erkannt worden, so kann sie, wenn betreffs der Umwandlung der auf Grund jenes Gesetzes erkannten Geldstrafen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 28 f. Anwendung finden (vgl. §§ 28 N. 7, 29 N. 8), in eine Freiheitsstr. überhaupt nicht umgewandelt werden, da § 29 (das. N. 5) als Mindestbetrag der umzuwandelnden Geldstr. Eine M. ansieht; RG. III 9. Juni 87 E. 16 159, Berlin KG. 13. Dez. 88, 7. März 89, Jahrb. 9 165, 163.

§. 20.

Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattet, darf auf Zuchthaus nur dann erkannt werden, wenn festgestellt wird, daß die strafbar befundene Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). StB. S. 296—313, 1092, 1143—1148.

1) Dieser in der zweiten Beratung des RT. beschlossene §. wurde in dritter Beratung aufrechterhalten, obgleich seine Beseitigung von den Bundesregierungen als „dringend wünschenswert" bezeichnet worden war.

2) Ist die „ehrlose Gesinnung" — ein straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 — durch den Richter der Schuldfrage (so die GM.) festgestellt worden, so ergibt sich das Resultat,

a. daß der Strafrichter alsdann auf Zuchth. erkennen kann, nicht muß;

b. daß, wenn der Strafrichter auf Zuchth. erkennt, er dennoch nach § 32 die weitere Wahl hat, ob er daneben VbEM. aussprechen will oder nicht.

3) Der Grundsatz des § 20 gilt nicht nur für die §§ 81, 83—86, 88, 89, 94, 96, 98, 100, 105 u. 106 des StGB., sondern auch allenthalben da, wo zukünftig Festungsh. neben Zuchthaus angedroht werden sollte; Rubo N. 2. Dagegen leidet er keine analoge Anwendung bei den alternativen Strafandrohungen von Zuchth. u. Gefängnis, indem hier die erstere Strafart vom Strafrichter nach freiem Ermessen gewählt werden kann; Berlin 8. Mai, 30. Sept. 74, O. 15 301, 598.

Digitized by Google

§. 21.

Achtmonatliche Zuchthausstrafe ist einer einjährigen Gefängnißstrafe, achtmonatliche Gefängnißstrafe einer einjährigen Festungshaft gleich zu achten.

PrStGB. § 16. Entw. I § 16, II § 18.
Vgl. §§ 28 Abs. 2, 44 Abs. 4, 157 Abs. 2.

1) Das StGB. kennt verschiedene Fälle, in denen eine Freiheitsstr. in eine andere umzuwandeln ist, und zwar

a. eine leichtere in eine schwerere:
   α. nach § 28_2 Gefängnis in Zuchth.,
   β. nach §§ 74, 79 sowohl Gefängnis als auch Festungsh. in Zuchth.;
b. eine schwerere in eine leichtere und zwar Zuchth. in Gefängnis:
   α. nach §§ 44_4, 49_2,
   β. nach §§ 157_2, 158.

Außerdem können prozessuale Verhältnisse, abgesehen von der positiven Vorschrift der StPO. § 492, eine derartige Umwandlung bedingen; vgl. StPO. § 399^5.

Dagegen sind dem StGB. die Umwandlung von Festungsh. in Gef. (§ 75) oder von Haft in eine andere Freiheitsstr. (§§ 28, 77_1) unbekannt. Ebensowenig kennt die StPO. eine Umwandlung lediglich deshalb, weil eine mildere Freiheitsstr. zusammen mit einer härteren zur Vollstreckung kommt. Dagegen können allerdings wiederum prozessuale Verhältnisse mit sich bringen, daß „Haft" mit anderen Freiheitsstr. in Vergleich zu ziehen ist, wobei der Gefängnisstr. bzw. der Festungsh. gegenüber nach dem Grundsatze in dubio pro reo die Gleichstellung wird erfolgen müssen, während gegenüber Zuchth. der im § 21 zwischen Zuchth. und Gef. festgestellte Maßstab Platz zu greifen hat.

2) Aus dem soeben Bemerkten ergibt sich die Notwendigkeit, daß das Verhältnis von Gef. u. Festungsh. zu Zuchth. der Schwere nach nicht bloß im allgemeinen, sondern mit voller Bestimmtheit feststehe. Dieses Verhältnis wird im StGB. nicht einfach durch Angabe dahin, daß Zuchth. zu Gef. wie 2 : 3 und zu Festungsh. wie 4 : 9 sich verhalte, zur Anschauung gebracht, sondern durch Vergleich einer einjährigen Gefängnißstr. mit Zuchth. und einer einjährigen Festungsh. mit Gef., was insofern der Sachlage nicht ganz entspricht, als Gef. und Festungsh. in dieser Weise niemals in Vergleich gezogen werden (R. 1_2).

Indem die Vorschrift des § 21 ihrem Sinne nach auf die Feststellung des obigen Verhältnisses von Zuchth. zu Gef. und Festungsh. geht, findet er auch da Anwendung, wo einzelne Tage Gef. oder Festungsh. in Zuchth. umzuwandeln sind; vgl. §§ 19 R. 4, 28 R. 10.

Dagegen kann § 21 im Falle des § 60 (das. R. 8_2) nicht Platz greifen, weil die Erduldung einer Untersuchungsh. nicht der Erstehung einer Gefängnisstr. gleich zu achten ist; RG. I 3. Jan. 87 E. 15 143.

3) Während es nur in den zu R. 1 bemerkten Fällen eines bestimmten Maßstabes bedarf, nach dem die genannten Freiheitsstr. miteinander verglichen werden können, machen allerdings andere Bestimmungen des StGB. es erforderlich, über das Schwereverhältnis auch der übrigen Strafen zueinander sich klar zu werden; so § 111_2, namentl. aber § 73. Was die Freiheitsstr. anbetrifft, so kommt für § 111 nur das allg. Verhältnis von Haft zu Gefängnis in Betracht, welches nach Einsicht der §§ 16_2, 18_2 nicht zweifelhaft sein kann. Über das bei § 73 in Betracht kommende Verhältnis aller Strafen zueinander vgl. T. I Abschn. 1 R. 6 u. § 73 R. 26_2.

§. 22.

Die Zuchthaus- und Gefängnißstrafe können sowohl für die ganze Dauer, wie für einen Theil der erkannten Strafzeit in der Weise in Einzelhaft vollzogen werden, daß der Gefangene unausgesetzt von anderen Gefangenen gesondert gehalten wird.

Digitized by Google

Die Einzelhaft darf ohne Zustimmung des Gefangenen die Dauer von drei Jahren nicht übersteigen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I §§ 17, 18, II § 19. StB. S. 177—189.

1) Nach den Motiven wurde der Standpunkt, daß die „Einzelhaft" als eine bloße Art der Strafvollstreckung auch ohne ein sie ausdrücklich zulassendes Gesetz gehandhabt werden dürfe, nicht angenommen, „schon weil in einzelnen Staaten des NDB. bereits Gesetzgbgen bestehen, welche die Einzelh. geregelt haben und es nicht wohlgetan sein würde, an jene Staaten die Zumutung zu stellen, den ihrerseits bereits gewonnenen Boden gesetzlicher Regelung wieder zu verlassen und zu einem System überzugehen, welches die Einzelh. im Wege bloßer Gefängnisadministration glaubt handhaben zu dürfen." Es erhellt hieraus, daß die Einzelh., soweit sie nicht gesetzlich zugelassen, unstatthaft sein sollte. Dieser gesetzgeberischen Absicht und dem Wortlaute des § 22 entsprechend ist deshalb die Einzelhaft i. S. des § 22 bei der Festungsh., mit deren Wesen sie auch völlig unvereinbar ist (§ 17 N. 7), sowie bei der Haft (§ 18) für unzulässig zu erachten. So: Binding Hb. 1 297 u. Grundr. S. 202, v. Liszt S. 263, H. Meyer S. 363, Oppenh.-D. N. 7, Rubo N: 1, Rüd.-St. N. 3. AM.: Berner S. 213, Geyer 1 152; übrigens nimmt Binding an, daß die Festungsh. mit Zustimmung des Sträflings als Einzelhaft vollstreckt werden könne.

2) Das Wesen der Einzelh. besteht in der „unausgesetzten" Absonderung von anderen Gefangenen, nicht von anderen Personen überhaupt. Danach erfordert die Einzelh. i. S. des StGB. auch Trennung in der Schule, in der Kirche und bei der Bewegung im Freien; so v. Liszt S. 263; aM.: Binding Hb. 1 297, H. Meyer S. 363 N. 64, Oppenh.-D. N. 1, die als Einzelh. den Vollzug der Freiheitsstr. in Zellenhaft ansehen. Wird sie bei jenen Gelegenheiten nicht aufrechterhalten, also ein obschon beschränktes, so doch regelmäßiges Beisammensein von Gefangenen gestattet, so liegt Einzelh. nicht vor; eine derartige Verbüßungsart ist deshalb auch nicht der Beschränkung des Abs. 2 unterworfen; v. Jagemann GS. 41 245; so läßt auch die GefängnisO. f. d. Pr. Justizverwaltung v. 21. Dez. 1898 (PrJMBl. S. 293) § 37 die Vollstreckung von Haft in Einzelzellen zu (vgl. v. Liszt aO. N. 4, die „unausgesetzte" Einzelhaft sei ausgeschlossen). Umgekehrt ist bei der Gemeinschaftshaft eine Absonderung für die Nacht und bei den bezeichneten Gelegenheiten zulässig; so auch § 15 der Grundsätze des BR. (E. I Abschn. 1 § 1$_2$).

3) Zu einer Erstreckung der Einzelh. über drei Jahre ist die „Zustimmung" des Gefangenen (§ 16 N. 6) erforderlich, auch dann, wenn die drei J. Einzelh. nicht im Zusammenhange, sondern mit Unterbrechungen durch zeitweilige Entlassung bzw. durch Gemeinschaftsh. vollstreckt worden sind. Da die Vorschrift des Abs. 2 aber nur auf Freiheitsstr. bezogen werden kann, welche auf Grund eines Urteils o. nach Maßgabe des § 79 bzw. der StPO. § 492 erkannt worden sind (Rubo N. 8), so ist der Zweck der Vorschrift im Falle des Zusammentreffens mehrerer Freiheitsstr. auf Grund verschiedener selbständiger Urteile nicht gesichert.

4) Die Anordnung der Einzelh. unterliegt in der eben angegebenen Beschränkung an sich dem Ermessen der Gefängnisverwaltung bzw. der landesrechtl. Regelung, namentl. ist es nicht Sache des Richters, im Urteil darüber Bestimmung zu treffen; denn die Einzelhaft bleibt trotz der gesetzlichen Normierung ihrer Dauer nur eine Strafvollstreckungsart (Motive S. 46); München OLG. 8. Apr. 81 EOLG. München 1 425, Binding Hb. 1 273, 297 u. Grundr. S. 202. In den erwähnten „Grundsätzen" des BR. (§§ 11—13) sind aber allg. Gesichtspunkte für die Anordnung der Einzelhaft aufgestellt.

§. 23.

Die zu einer längeren Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe Verurtheilten können, wenn sie drei Viertheile, mindestens aber Ein Jahr der ihnen auferlegten Strafe verbüßt, sich auch während dieser Zeit gut geführt haben, mit ihrer Zustimmung vorläufig entlassen werden.

Digitized by Google

PrStGB. (Zahlt). Entw. I § 19, II § 20. StB. S. 188—192. Anhang II der Motive: Die im Königreich Sachsen über die vorläufige Entlassung bestehenden Vorschriften.

1) Die §§ 23—26 handeln von der „vorläufigen Entlassung" der Verurteilten oder dem sog. Beurlaubungssystem.

2) Die vorl. Entlfsg. findet nur bei zeitigen Zuchthaus- u. Gefängnisstr. statt und zwar „kann" sie unter folgenden Voraussetzungen erfolgen:

a) Die Strafe muß eine „längere" sein; unbedingt notwendig ist, daß sie länger als Ein Jahr sei; denn Ein Jahr muß verbüßt sein, ehe sie erfolgen darf. Dagegen ist nicht erforderlich, wie Ortloff St. I 241 u. GS. 26 61 sowie Wirth 18. DJZ. I 43 gegen die GM. annehmen, daß sie mindestens 1 J. 4 Mt. betragen habe; bei kürzerer Dauer kann alsdann freilich die vorl. Entlfsg. nicht schon nach Verbüßung von drei Vierteilen (s. u. b), sondern erst später eintreten.

b) „Drei Vierteile, mindestens aber Ein Jahr der auferlegten Strafe" müssen bereits „verbüßt" sein. Streitig ist, was unter einer „auferlegten Strafe" zu verstehen, insbs. ob sie mit der „erkannten Strafe" (§ 60) identisch sei. Hiergegen spricht nicht nur die Verschiedenheit beider Ausdrücke, sondern namentl. auch der Sinn und Zweck des Gesetzes, der offenbar dahin geht, daß der Strafgefangene durch gute Führung während einer längeren Strafzeit Garantie für sein Verhalten nach der vorl. Entlfsg. bieten soll. Während die „erkannte" Strafe die Ausgleichung für die Schuld des Verurteilten ist und auf sie eine anderweitig, im Ausl. (§ 7) o. während der Untersuchung (§ 60) erlittene Freiheitsentziehung angerechnet werden kann, bezeichnet die „auferlegte" Strafe diej. Freiheitsstr., die der Verurteilte noch zu erdulden hat, die er z. B. der Verurteilung als eine ihm aufgelegte noch zu tragen hat. Ist das aber die Bedeutung der „auferlegten Strafe", so erhellt, daß „Verbüßung" nur im eigentl. S. gebraucht sein kann, also die in der Gefangenanstalt wirklich zugebrachte Strafzeit bezeichnet. So: Binding Grundr. S. 200, Finger I 473, Lucas S. 416 f., Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1, Wirth aO. S. 45. AM.: Geyer I 152, Rubo N. 4.

c) Der Verurteilte muß während der Vollstreckungszeit sich „gut geführt" haben; besondere Beweise der Besserung braucht er nicht gegeben zu haben.

d) Der Verurteilte muß seine „Zustimmung" (§ 16 N. 6) gegeben haben; es wurde dieses namentl. mit Rücksicht auf die Beschränkungen für notwendig gehalten, denen der Entlassene zu unterwerfen ist; § 24 N. 1. Aus demselben Grunde wurde das Institut der vorl. Entlfsg. mit der Festungsh. für unverträglich erachtet, während es bei der Haft schon wegen des Erfordernisses zu b) ausgeschlossen ist.

§. 24.

Die vorläufige Entlassung kann bei schlechter Führung des Entlassenen oder, wenn derselbe den ihm bei der Entlassung auferlegten Verpflichtungen zuwiderhandelt, jederzeit widerrufen werden.

Der Widerruf hat die Wirkung, daß die seit der vorläufigen Entlassung bis zur Wiedereinlieferung verflossene Zeit auf die festgesetzte Strafdauer nicht angerechnet wird.

PrStGB. (Zahlt). Entw. I § 20, II § 21. StB. S. 192.

1) Aus Abs. 1 erhellt, daß dem vorl. Entlassenen bei seiner Entlfsg. bestimmte Verpflichtungen auferlegt werden können; welcher Art diese sein dürfen, sagt das Gesetz nicht; man wird deshalb die oberste Justiz-Aufsichtsbehörde in der Feststellung dieser Verpflichtungen für unbeschränkt erachten müssen und dieses um so mehr können, als der Verurteilte wie zu der Entlfsg. überhaupt so auch zu den ihm aufzuerlegenden Beschränkungen seine Zustimmung zu geben hat; § 23 N. 2d. Es können deshalb auch solche Beschränkungen auferlegt werden, die den in § 39[1-3] festgesetzten Wirkungen der PolAuff. entsprechen; so die GM.

2) Fraglich ist, wann die „Wiedereinlieferung" als bewirkt anzusehen bzw. von welchem Zeitpunkte an die fernere Verbüßung der Reststrafe zu berechnen ist. Wenn auch

Digitized by Google

unter Wiedereinliefrg. nicht die nochmalige Einliefrg. in die Anstalt, aus welcher die Entlfsg. erfolgte, zu verstehen ist, so wird doch der Ausdruck die nochmalige Einliefrg. zur Strafverbüßg. bezeichnen. Mit welchem Zeitpunkte eine solche erfolgt sei, wird deshalb nach denselben Vorschriften zu beurteilen sein, wie bei der ersten Einlieferung (Rüd.-St. N. 1), obschon die noch zu verbüßende Strafzeit lediglich nach der ersten Einlieferung — dem Strafantritt — zu berechnen ist; § 19 N. 3. Während StPO. § 482 die Anrechnung der Untersuchungsh. auf die zu vollstreckende Freiheitsstr. unter gewissen Umständen vorschreibt, geschieht ein gleiches nicht hinsichtlich der Inhaftnahme, welche auf Grund eines von der StAschaft behufs Vollstreckung einer Freiheitsstr. erlassenen Vorführungs- o. Haftbefehles erfolgt (StPO. § 489). Es ist hier vielmehr der Beginn der Vollstreckung erst von der Einlieferung in die Gefangenanstalt zu berechnen, so daß etwaige Transporttage außer Betracht bleiben. Nach Analogie dessen werden auch im Falle des Abs. 2 die Transporttage außer Betracht und entgegenstehende landesrechtliche Gesetzes- o. Verwaltungsvorschriften unberücksichtigt bleiben müssen; Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 1.

§. 25.

Der Beschluß über die vorläufige Entlassung, sowie über einen Widerruf ergeht von der obersten Justiz-Aufsichtsbehörde. Vor dem Beschluß über die Entlassung ist die Gefängnißverwaltung zu hören.

Die einstweilige Festnahme vorläufig Entlassener kann aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohls von der Polizeibehörde des Orts, an welchem der Entlassene sich aufhält, verfügt werden. Der Beschluß über den endgültigen Widerruf ist sofort nachzusuchen.

Führt die einstweilige Festnahme zu einem Widerrufe, so gilt dieser als am Tage der Festnahme erfolgt.

PrStGB. (fehlt). Entw. I §§ 21, 22 Abs. 2, II §§ 22, 23 Abs. 2 StB. S. 192 u. 193, 1145.

1) Während noch der Entw. I den Beschluß über die Entlassung und über einen Widerruf in die Hände der „der Strafanstaltsverwaltung vorgesetzten Aufsichtsbehörde" legte, wurde hierfür im Entw. II die „oberste Justiz-Aufsichtsbehörde" an die Stelle gesetzt, wodurch eine gerechte und wenigstens in den einzelnen Bundesstaaten gleichmäßige Handhabung des Beurlaubungssystems garantiert wird. Da die oberste Justiz-Aufsichtsbeh. gewählt ist, so muß angenommen werden, daß es die desjenigen Bundesstaats sei, durch dessen Gericht das Urteil gesprochen worden, mag auch die Strafvollstreckung in einem anderen Bundesstaate erfolgen; Geyer I 152, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 1. Wurde das Urteil vom RG. in erster und letzter Instanz gefällt, so ist das RJustizamt die btr. Behörde.

2) Die Anhörung der „Gefängnisverwaltung" vor dem Beschlusse über die Entlfsg. ist trotz ihrer Fassung („ist zu hören") nur als instruktionelle Vorschrift zu betrachten, deren Verabsäumung die Gültigkeit der vorl. Entlfsg. nicht beeinträchtigt; Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1.

3) Die „Verfügung" der „einstweiligen Festnahme" muß von der Ortspolizeibehörde als solcher ausgehen, während deren Ausführung durch jedes allgemein zur Festnahme geeignete Organ geschehen kann.

4) Die Bestimmung des Abs. 3, welche noch nach den Beschlüssen der zweiten Beratung als Abs. 2 des § 26 gedacht war, ist mit Rücksicht auf § 26 getroffen; das. N. 2.

§. 26.

Ist die festgesetzte Strafzeit abgelaufen, ohne daß ein Widerruf der vorläufigen Entlassung erfolgt ist, so gilt die Freiheitsstrafe als verbüßt.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 22 Abs. 1, II § 23 Abs. 1. StB. S. 193 u. 194, 1145.

1) Wenn die festgesetzte Strafzeit abgelaufen ist, ohne daß vorher ein Widerruf bzw. eine durch demnächstigen Widerruf bestätigte Festnahme erfolgte, so „gilt die Freiheitsstr.

Digitized by Google

als verbüßt". Andererseits wird die Wirkung durch die Tatsache des erfolgten Widerrufs ausgeschlossen, ohne daß es seiner Bekanntmachung an den Verurteilten bedarf; die gegenteilige Ansicht führt zu unhaltbaren Folgerungen; es kann hiernach nur erfordert werden, daß ein den Widerruf aussprechender Beschluß der letzteren in gültiger Form vorliegt; so: Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1; aM. Rubo N. 2.

Vom Ablauf der festgesetzten Strafzeit ab ist deshalb auch ev. die Zeitdauer des V. d. bEK. sowie der PolAuff. zu berechnen; §§ 36 N. 6, 38 N. 12.

2) Ein erst nach „Ablauf der festgesetzten Strafzeit" erfolgter Widerruf ist ungültig, es sei denn, daß bereits vorher eine Festnahme erfolgt war, da alsdann der Widerruf nach § 25_2 auf den Tag der Festnahme zurückgezogen wird.

3) Dem Verurteilten, welcher glaubt, unrechtmäßigerweise zur Verbüßung des Strafrestes eingeliefert worden zu sein, weil der Widerruf verspätet sei, steht nach StPO. § 490 die Herbeiführung einer gerichtl. Entscheidung frei.

§. 27.

Der Mindestbetrag der Geldstrafe ist bei Verbrechen und Vergehen drei Mark, bei Uebertretungen Eine Mark.

PrStGB. §§ 17 Abs. 1, 335 Abs. 1. Entw. I §§ 28 Abs. 1, 340 Abs. 1, II § 24.

Zu §§ 27—30. N. 1, 2.

1) Die Geldstrafe (§§ 27—30) ist die mildeste ordentliche Hauptstrafe, letzteres auch dann, wenn sie mit einer Freiheitsstr. verbunden werden kann o. muß; so die GM., insbs. RG. II 14. Mai 89 E. 19 234; aM. Hälschner I 589 u. v. Lilienthal S. 50 f., sie sei Nebenstr., sobald sie kumulativ mit Freiheitsstr. angedroht sei.

2) Nach MStGB. § 29 darf da, wo die allg. Strafges. Geldstr. und Freiheitsstr. wahlweise androhen, auf erstere nicht erkannt werden, wenn durch die strafb. Hdlg. zugleich eine milit. Dienstpflicht verletzt worden ist.

Zu § 27. N. 3—6.

3) Die zu erkennende Geldstr. besteht stets in einer bestimmten Geldsumme, niemals in einem Teile des Vermögens des Schuldigen. Den Vermögensverhältnissen des letzteren wird in der Regel — im StGB. selbst durchweg — dadurch Rechnung getragen, daß die Strafandrohung zwischen einem gesetzlichen (N. 5) oder besonders bestimmten Mindestbetrage und einem festgesetzten Höchstbetrage sich bewegt. Nur ausnahmsweise (§ 1 N. 10) ist Geldstr. in relativ bestimmter Weise als das Vielfache oder als der Teil eines gewissen Grundwertes angedroht.

4) Ein Höchstbetrag der Geldstr. ist allgemein nicht festgesetzt, weshalb Geldstr. in den einzelnen Strafandrohungen des StGB. niemals lediglich als solche, sondern stets unter Hinzufügung eines Höchstbetrages angedroht ist; der hier, und zwar in den §§ 302d u. e, vorkommende größte Höchstbetr. ist 15000 M., der kleinste (§ 365_1) gerade $^1/_{1000}$ desselben, nämlich 15 M. Wenn das StGB. im § 70^4 ausdrücklich auf Geldstr. „von mehr als 6000 M." rücksichtigt, so erklärt sich das daraus, daß dieses der im StGB. (§§ 264, 265, 268^2, 272, 273, 284) vor dem WucherG. vorkommende Höchstbetr. war. Übrigens kann nach den Zoll- u. Steuerges., indem sie ein Mehrfaches der hinterzogenen Steuersummen als Strafe androhen, auch auf Geldstr. von mehr als 15000 M. erkannt werden, insbs. aber nach dem HGB. §§ 312 ff. u. dem HypothekenbankG. v. 13. Juli 99 § 37 eine solche bis zu 20000 M., nach dem G. btr. die Bestrafung des Sklavenraubes ꝛc. v. 28. Juli 1895 § 3 sogar eine solche bis zu 100000 M.

5) Der Mindestbetrag der Geldstr. ist verschieden bestimmt, nämlich einerseits bei „Verbr. u. Verg." auf drei, andererseits bei „Übertr." auf Eine Mark (§ 1 N. 13b).

a) Daraus erhellt zunächst, daß der Gesetzgeber eine Geldstr. in geringerem Betrage wie 3 M. als eine angemessene Sühne für V. u. V. nicht erachtet hat.

α) Folgeweise kann auch bei Bestrafung des Versuches eines V. o. V. oder der Beihilfe zu einem solchen trotz der Vorschriften der §§ 44_4, 49_2 unter den Betrag von 3 M.

Digitized by Google

alsdann nicht hinuntergegangen werden, wenn diese Deliktsarten selbst wieder als V. o. V. sich darstellen (§ 1 N. 8a); insoweit kann daher der Vorschrift des § 44$_4$ btr. der Zulässigkeit der Ermäßigung bis auf ein Viertel des Mindestbetrages der Geldstr. keine praktische Folge gegeben werden (§ 19 N. 7b2). So: RG. III 28. Juni 88 E. 18 125, Berlin KG. 22. Juni 85 Jahrb. 6 296, Finger 1 477 N. 618, 536 N. 691, v. Liszt S. 265, Frank N. II, Oppenh.-D. § 44 N. 4, Baumgarten Versuch S. 453.

β) Wenn der Mindestbetrag der Geldstr. bei „Verbr. u. Verg." auf 3 M. bestimmt ist, so sind dadurch Strafandrohungen ausgeschlossen, welche 150 M. übersteigen und zugleich unter 3 M. hinuntergehen; insofern enthält § 27 auch eine Ergänzung des § 1$_2$ (vgl. jedoch BranntweinstG. v. 16. Juni 1895 § 42 Vd, woselbst eine Geldstr. von 1—300 M. angedroht ist). Die Geldstr. wird aber in ihrem Wesen durch jene Vorschrift nicht berührt, wie schon daraus erhellt, daß das StGB. selbst die Geldstrafe auch mit geringerem Mindestbetrage kennt. Demgemäß können die in Kraft erhaltenen „besonderen Strafges." hierin abweichende Strafandrohungen treffen, z. B. Geldstrafe von 1—300 M. androhen; bezüglich der Landesges. steht auch EG. § 5 nicht entgegen.

b) Indem der Mindestbetrag der Geldstr. bei „Übertretungen", d. h. also bei Delikten der niedrigsten Stufe der Strafbarkeit, auf 1 M. festgesetzt ist, fragt sich, ob dadurch der Gedanke hat zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß eine niedrigere Geldstr. dem Charakter einer Kriminalstr. überhaupt nicht mehr entspreche, ebensowenig wie eine Freiheitsstr. unter Einem Tage (§ 19 N. 6b); dieser Schluß, wenn er auch nahe liegt, erscheint dennoch nicht zutreffend. Nach den Motiven hat die Bestimmung der beiden Mindestbeträge bei der Geldstr. nur den Charakter einer Zweckmäßigkeitsvorschrift; es deutet nicht nur kein Wort darauf hin, daß man eine niedrigere Geldstr. als eine durchaus unzulässige Kriminalstr. habe betrachtet wissen wollen, vielmehr wird im Gegenteil hervorgehoben, daß „die Höhe derjenigen Geldstr., welche in Gesetzen angedroht seien, die, wie z. B. die Steuerges., neben dem StGB. bestehen blieben, unberührt bleibe". Dementsprechend ergibt sich auch das Verhältnis der Vorschrift zu den §§ 5 u. 6 EG., d. h. es kann sowohl von landesgesetzl. besonderen Strafges. Geldstr. unter 1 M. angedroht, als auch auf solche erkannt werden, da es auch dann nur um eine im StGB. enthaltene Strafart sich handelt. So: RG. III 9. Juni 87 E. 16 159, Berlin OTr. 11. Juni 74 St. 4 92 (beide: nach BJG. § 135 könne auf Geldstr. von weniger als 1 M. erkannt werden), Berlin KG. 7. März 89 Jahrb. 9 163 (eine eine Geldstr. v. 30 Pfennig an androhende PolV. sei gültig), Colmar OLG. 23. Okt. 85 Franz. Rechtspr. 1 90 (der durch die französ. Strafges. auf 1 Fr. festgesetzte Mindestbetrag der Geldstr. sei unverändert geblieben), Finger 1 477 N. 618, Oppenh.-D. N. 1 u. EG. § 6 N. 7, Köhler SeuffBl. 68 75. AM.: Berner S. 229, Binding Hb. 1 301 u. Grundr. S. 211, Frank N. II, Rüd.-St. N. 2, Matthiessen Inaug.-Diss. S. 42.

6) Durch die Bestimmung des Mindestbetr. auf 3 bzw. 1 M. ist nicht vorgeschrieben, daß bei V. u. V. die niedrigste Rechnungseinheit 3 M., bei Übertr. 1 M. betrage. Das folgt schon aus dem StGB. selbst, indem es bei Verg., z. B. in §§ 113, 223, Geldstr. bis zu 1000 M. androht, also bis zu einer nicht durch drei ohne Bruch teilbaren Summe. Dem stimmt auch die GM., insbs. Stuttgart 3. Nov. 75 St. 5 251, insoweit bei, als sie annimmt, daß bei V. u. V. die Erhöhung der Mindeststr. in Markbeträgen zulässig sei. Dagegen bestreitet Binding Grundr. S. 211, daß jemals auf Bruchteile einer M. erkannt werden dürfe, Meves § 223 N. 11 u. Oppenh.-D. N. 3 wenigstens, daß dies bei V. u. V. geschehen dürfe.

§. 28.

Eine nicht beizutreibende Geldstrafe ist in Gefängniß und, wenn sie wegen einer Uebertretung erkannt worden ist, in Haft umzuwandeln.

Ist bei einem Vergehen Geldstrafe allein oder an erster Stelle, oder wahlweise neben Haft angedroht, so kann die Geldstrafe in Haft umgewandelt werden, wenn die erkannte Strafe nicht den Betrag von sechshundert Mark

Digitized by Google

und die an ihre Stelle tretende Freiheitsstrafe nicht die Dauer von sechs Wochen übersteigt.

War neben der Geldstrafe auf Zuchthaus erkannt, so ist die an deren Stelle tretende Gefängnißstrafe nach Maßgabe des §. 21 in Zuchthausstrafe umzuwandeln.

Der Verurtheilte kann sich durch Erlegung des Strafbetrages, soweit dieser durch die erstandene Freiheitsstrafe noch nicht getilgt ist, von der letzteren freimachen.

PrStGB. §§ 17 Abs. 2 u. 3, 335 Abs. 2. Entw. I §§ 23 Abs. 2, 4 u. 5, 340 Abs. 2. Entw. II § 25. StB. S. 195, 771 u. 772, 1145 u. 1146.

BrausteuerG. v. 31. Mai 1872 § 39; SpielkartenstempelG. v. 3. Juli 1878 § 17; TabaksteuerG. v. 16. Juli 1879 § 44, BranntweinsteuerG. v. 16. Juni 1895 §§ 34 f.; ZuckersteuerG. v. 27. Mai 1896 § 60; G. btr. Gebühren f. Benutzung d. Kaiser Wilhelmkanals v. 20. Juni 1899 § 12.

1) Wie jede Strafe „ausnahmslos eine höchst persönliche Leistung des der Rechtsverletzung Schuldigen ist" (Binding Normen 1 284), so auch die Geldstr.; sie kann daher durch die Zahlung seitens eines Dritten nicht getilgt werden. So außer Binding: Berlin 28. Juli 74 St. A 429, Berner S. 229 (der mit Recht auch das Widerspruchsvolle der solidarischen Haftung mehrerer für Geldstr. hervorhebt), Hälschner 1 644, H. Meyer S. 373, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 12, Oppenh.-D. N. 15, Lehmann G. 19 784, Kronecker G. 28 11, v. d. Decken ZStrW. 12 108. AM.: v. Schwarze N. 8, v. Buri GS. 30 243. Vgl. übrigens § 30 N. 5. Wenn jedoch ein Dritter im Auftrage des Verurteilten Zahlung leistet, so ist letzterer selbst der Zahlende.

Vgl. übrigens wegen Begünstigg. durch Zahlungsleistung bzw. Gewährung der Mittel § 257 N. 21, sowie wegen Strafbarkeit der öffentl. Aufforderungen mittels der Presse zur Aufbringung erkannter Geldstr. PreßG. § 16.

2) Die Aufschiebung und Teilung einer Geldstr. kann nur im Gnadenwege erfolgen, sowohl aus allg. Gründen (Kronecker G. 28 10) als auch speziell nach der StPO., da diese die Befugnis dazu der Strafvollstreckungsbehörde nicht einräumt, insbs. auch nicht der seiner Stellung nach nur auf die Freiheitsstr. zu beziehende § 488.

3) Der § 28 behandelt den Fall der Unbeibringlichkeit (so MStGO. § 349$_2$) einer Geldstr.; wenn andere R.- u. Landesgesetze (vgl.: GewerbeO. §§ 146 ff., G. btr. die Anfertgg. v. Zündhölzern v. 13. Mai 1884 §§ 3, 4, PrG. v. 23. Apr. 1883 btr. den Erlaß poliz. Strafverfügen) vom „Unvermögensfall" sprechen, so handelt es sich jedenfalls nur um eine ungenaue Ausdrucksweise, nicht um etwas sachlich Verschiedenes; so RG. III 16. Juni 84 R. 6 436 btr. GewerbeO. § 146.

Zu § 28 Absatz 1 u. 2. N. 4—9.

4) Wann eine Geldstr. eine „nicht beizutreibende" sei, ist mit Hilfe der StPO. § 495 zu beantworten, nach dem die Vollstreckung der über eine Vermögensstr. ergangenen Entscheidung nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte erfolgt. Es kann dies nur dahin verstanden werden, daß nach den Vorschriften der ZPO. VIII 2 über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen zu verfahren sei, und eine Geldstr. ist deshalb nur dann und insoweit eine nicht beizutreibende, als die Zwangsvollstreckung fruchtlos ausfällt; so: Oppenh.-D. N. 12, Rüd.-St. N. 1, Mittenzwey ThürBl. 40 220; aM.: v. Schwarze N. 1, Immler G. 33 171, v. d. Decken ZStrW. 12 123. Im Falle, daß der Verurteilte sich im Konkurse befindet, ist die Geldstr. jedenfalls dann eine nicht beizutreibende, wenn der Gemeinschuldner nicht nach der Konkurseröffnung Vermögen erwirbt, da Geldstr. im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können; vgl. KO. §§ 1, 63^3. Im übrigen aber ist Zwangsvollstreckung in alle ihr unterliegenden Vermögensstücke des Verurteilten zu suchen, da sonst nicht feststeht, daß die Geldstrafe nicht beizutreiben sei; auch kann die Ableistung des Offenbarungseides verlangt werden; keines-

Digitized by Google

falls ist aber eine Geldstr. schon deshalb für eine nicht beizutreibende zu erachten, weil bei dem Verurteilten Geld nicht vorgefunden wird; Kronecker G. 28 13.

Wie der Wortlaut des § 491 StPO. ergibt, wird als regelmäßig vorausgesetzt, daß der Geldstrafe sofort in dem Urteile selbst für den Fall der Unbeibringlichkeit eine Freiheitsstr. festgesetzt werde, denn die Nichtfestsetzung einer solchen wird als eine Unterlassung bezeichnet; Löwe-H. StPO. § 491 N. 1. Wird demnächst nur ein Teil der Geldstr. beigetrieben, so ist auch nur ein verhältnismäßiger Teil der ersatzweise bestimmten Freiheitsstr. zur Verbüßung zu bringen; vgl. den letzten Abs. dieses §.

5) Abs. 1 stellt als Regel auf, daß eine Geldstr., wenn sie wegen einer Übertretung erkannt ist, in Haft, wenn sie aber wegen anderer Freiheitsstr. erkannt ist, in Gefängnis umzuwandeln sei. Von dieser Regel enthält Abs. 2 eine Ausnahme (N. 6) btr. der wg. Vergehen erkannten Geldstrafen, Abs. 3 dagegen für einen Spezialfall eine weitere Vorschrift.

Die Regel des Abs. 1 läßt den Rückschluß zu, daß, wenn in einem SonderG. der an erster Stelle angedrohten Geldstr. eine Gefängnisstr. substituiert ist, die strafb. Hdlg. eine Übertr. nicht darstellt. Mangels der Androhung einer härteren Strafe ist die Hdlg. vielmehr ein Vergehen, selbst dann, wenn die an erster Stelle angedrohte Geldstr., wie namentlich in den Fällen, wo die Strafandrohung an den bestimmten Fall sich anlehnt (§ 1 N. 10), 150 M. nicht übersteigen sollte; vgl. § 1 N. 5 letzter Abs. sowie u. N. 7.

6) Die Ausnahme des Abs. 2 von der Regel des Abs. 1 (N. 5_1) besteht darin, daß dem Richter die Wahl gelassen wird, ersatzweise Gef. oder Haft festzusetzen, und zwar für die Fälle, daß bei einem Vergehen angedroht ist:

a. Geldstr. „allein", was im StGB. in den §§ 145, 145a, 276 u. 285 geschehen ist, oder

b. Geldstr. „an erster Stelle", was im StGB. in den §§ 103a, 110, 111, 130, 131, 134, 135, $140^{1,2}$, 184, 185, 186, 230, 257, 292, 293, 296, 296a, 297, 299, 300, 303, 320, 330, 331 u. 352 geschehen ist, oder

c. Geldstr. „wahlweise neben Haft"; da dieses im StGB. nur in den §§ 140^{3}, 185, 186 der Fall ist, bei welchem schon die Komplikation zu b vorliegt, so gewinnt diese Bestimmung ihre Bedeutung erst für etwaige Strafgesetze außerhalb des StGB.

Die Substitution von Haft statt Gef. ist hier jedoch nur dann zulässig, wenn:

1. die erkannte Strafe „nicht den Betrag von 600 M. erreicht", und
2. die „an ihre Stelle tretende Freiheitsstr. nicht 6 W. übersteigt".

Diese in dritter Beratung zugefügte Abänderung des erst auf RTbeschluß in zweiter Beratung angenommenen Abs. 2 beruht darauf, daß, weil der regelmäßige Höchstbetr. der Haft von 6 W. nicht überschritten werden sollte, die Größe der Geldstr., für welche die Substitution von Haft zulässig sein sollte, in wesentlicher Übereinstimmung mit § 29_1 beschränkt werden mußte; nach letzterer Bestimmung können aber 6 W. Freiheitsstr. höchstens an Stelle einer Geldstr. von 630 M. treten.

7) Das Verhältnis der durch EG. § 2_2 in Kraft erhaltenen „besonderen Vorschriften des Bundes- u. des Landesstrafr." zum § $28_{1,2}$ hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die Vorschriften des StGB. über die Umwandlung einer nicht beizutreibenden Geldstr. zum Wesen der letzteren gehören (E. I Abschn. 1 N. 1_3). Diese Frage ist aber zu verneinen; jene Vorschriften des § 28 führen für den Fall der Unbeibringlichkeit eine Ersatzstr. ein, lassen aber die Geldstr. selbst völlig unberührt. Demgemäß ist die Landesgesetzgbg. für berechtigt zu erachten, in den durch EG. § 2_2 bezeichneten Materien in der hier fraglichen Beziehung abweichende Bestimmungen zu treffen. Deshalb kann einerseits eine Umwdlg. in eine Freiheitsstr. überhaupt verboten (so z. B. PrKabO. v. 24. Mai 1844), andererseits aber bestimmt werden, daß die bei einem Vergehen angedrohten Geldstr. unbedingt nur in Haft umzuwandeln sind (PrGewerbestG. v. 24. Juni 1891 § 73) oder umgekehrt, daß auch bei Strafandrohungen unter 150 M. die Umwandlung in Gefängnis zu geschehen habe (PrFDG. § 13; s. o. N. 5_2). So: RG. III 1. Mai 80 E. 2 33, Berlin OAG. 11. Mai 72, OTr. 16. Mai 74, St. 1 326, O. 15 313, Merkel HH. 4 84 N. 4. AM. Binding Hb. 1 301. In Verfolg der Ansicht, daß die Landesgesetzgbg. Geldstrafen unter 1 M. androhen kann (§ 27 N. 5b), wird man selbst die ersatzweise Fest-

Digitized by Google

setzung von nach Stunden bemessenen Freiheitsstrafen für zulässig erachten müssen, obgleich für prinzipale Freiheitsstrafen Ein Tag die letzte Rechnungseinheit ist (§ 19 N. 6b); Berlin KG. 13. Dez. 88, 29. März 94, Jahrb. 9 165, 15 193.

8) Falls dagegen jene „besonderen Vorschriften" abweichende Änderungen nicht getroffen haben, gelten jetzt die Bestimmungen des StGB., ebenso, wie in den Fällen, wo eine Verweisung auf die allg. Vorschriften stattgefunden hat; (EG. § 2 N. 11).

9) Die Grundsätze des Abs. 1 und 2 gelten auch für den Fall, daß nach § 78 wegen mehrerer strafb. Hdlgen auf mehrere Geldstr. zu erkennen ist; es ist alsdann zum Zwecke der Feststellung der Ersatz-Freiheitsstr. nicht an Stelle des Gesamtbetrages der verwirkten Geldstr., sondern an Stelle jeder einzelnen Geldstr. eine entsprechende Freiheitsstr. festzusetzen; RG. II 27. Jan. 82, 24. Feb. 85, E. 5 371, R. 7 144, III 26. Sept. 87 R. 9 466.

Zu § 28 Absatz 3 u. 4. N. 10 u. 11.

10) Falls die Geldstr. neben Zuchthaus erkannt ist, hat die Umwandlung zunächst nach Abs. 1 bzw. nach dem Maßstabe des § 29_1 in Gef. und alsdann nach Maßgabe des § 21 weiter in Zuchth. zu geschehen, wobei die infolge der Umwandlung zu verbüßende Zuchthausstr. auch weniger als einen vollen Monat betragen darf, Tagesbruchteile aber in Wegfall kommen; §§ 19 N. 6a, 7a, 21 N. 2. Aus dem Urteile muß erkennbar sein, daß in dieser Weise bei der Umwandlung verfahren ist; RG. III 2. Apr. 94 E. 25 233.

War die Geldstr. zwar ursprünglich neben Gef. erkannt, muß aber später dieses nach § 79 in eine zusätzliche Zuchthausstr. umgewandelt werden, so ist für die Umwandlung der Geldstr. in Zuchth. nicht wiederum die Geldstr. zugrunde zu legen, sondern vielmehr die Ersatz-Gefängnisstr., weil der spätere Richter an dem gewählten Umwandlungsmaßstab des früheren Urteils gebunden ist; § 79 N. 16b.

11) Auch nach Antritt der Ersatz-Freiheitsstr. kann der Verurteilte sich jederzeit von der Verbüßung des Restes durch Erlegung des entsprechenden Betrages der Geldstr. freimachen. Aus der ausdrücklichen Aufnahme dieser Bestimmung ist zu schließen, daß ohne dieselbe die Ersatz-Freiheitsstr., wenn einmal die Unbeibringlichkeit der Geldstr. festgestellt worden, zu verbüßen sein würde, somit eine sog. Rückwandlung nicht zulässig ist. Hieraus folgt wieder, daß der Strafvollstreckungsbehörde nicht das Recht zusteht, nach angetretener Freiheitsstr. von neuem den Versuch zur Beitreibung der Geldstr. zu machen. So: Berner S. 290, Hälschner I 644, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 10. AM. Oppenh.-D. N. 3.

§. 29.

Bei Umwandlung einer wegen eines Verbrechens oder Vergehens erkannten Geldstrafe ist der Betrag von drei bis zu funfzehn Mark, bei Umwandlung einer wegen einer Uebertretung erkannten Geldstrafe der Betrag von Einer bis zu funfzehn Mark einer eintägigen Freiheitsstrafe gleich zu achten.

Der Mindestbetrag der an Stelle einer Geldstrafe tretenden Freiheitsstrafe ist Ein Tag, ihr Höchstbetrag bei Haft sechs Wochen, bei Gefängniß Ein Jahr. Wenn jedoch eine neben der Geldstrafe wahlweise angedrohte Freiheitsstrafe ihrer Dauer nach den vorgedachten Höchstbetrag nicht erreicht, so darf die an Stelle der Geldstrafe tretende Freiheitsstrafe den angedrohten Höchstbetrag jener Freiheitsstrafe nicht übersteigen.

PrStGB. §§ 17 Abs. 2, 335 Abs. 3. Entw. I §§ 33 Abs. 2 u. 3, 340 Abs. 3 u. 4. Entw. II § 26. StB. S. 195, 196, 199—201.

BrausteuerG. v. 31. Mai 1872 § 39; SpielkartenstempelG. v. 3. Juli 1878 § 17; TabaksteuerG. v. 16. Juli 1879 § 44; BranntweinsteuerG. v. 16. Juni 1895 §§ 34 f.; ZuckersteuerG. v. 27. Mai 1896 § 60; G. btr. Gebühren f. Benutzung d. Kaiser Wilhelmkanals v. 20. Juni 1899 § 12.

Zu § 29 Absatz 1. N. 1—3.

1) Im Entw. II lautete der Abs. 1:

Digitized by Google

„Bei Umwandlung einer Geldstrafe ist der Betrag bis zu fünf Thalern einer eintägigen Freiheitsstrafe gleichzuachten."

Da man hiernach den Richter hätte für berechtigt erachten müssen, auch schon Beträge unter 3 bzw. 1 M. Einem Tage Freiheitsstr. gleichzustellen, so beantragte der Abg. Meyer (Thorn) die eine solche Befugnis ausschließende jetzige Fassung. Zutreffend bemerkte er dabei, daß sie eine Wiedergabe des Entw. I bzw. des PrStGB. sei, nur daß hier die Höchstbeträge der Einem T. Freiheitsstr. gleichzurechnenden Geldbeträge niedriger (auf 3 bzw. 2 Tlr.) festgesetzt waren. Gleichzeitig erwähnte der Abg. Meyer, ohne Widerspruch zu finden, daß die Fassung des im Abänderungsvorschlage wesentlich beibehaltenen Entw. II zu dem Mißverständnisse Anlaß gegeben habe, als ob eine Geldstr. bis zu 15 M. stets nur in eine eintägige Freiheitsstr. umgewandelt werden dürfe; es widerspreche dieses aber einer fast 20jährigen Praxis der Preuß. Gerichte hinsichtlich der Auslegung der wesentlich gleich formulierten §§. des PrStGB.; vgl. in der Beziehung auch Oppenh. PrStGB. § 17 N. 5. Dem hat die GM., insbs. Berlin 27. Sept. 72 St. 2 46, sich angeschlossen.

2) Der im Abs. 1 hingestellte Unterschied des Umwandlungsmaßstabes, falls die Geldstr. wegen eines V. o. V. oder falls sie wegen einer Übertr. erkannt ist, erscheint deshalb nicht zweckentsprechend, weil nach § 28_2 auch bei einem Verg. die Umwandlung der erkannten Geldstr. unter Umständen in Haft erfolgen kann. Das Mißliche der Bestimmung zeigt sich namentl. bei den Straftaten, deren Charakter als Verg. oder Übertr. erst nach dem Gegenstande des Einzelfalles sich bestimmt (§ 1 N. 10); so kann z. B. bei Steuerdelikten eine Übertretungsstr. von nur 30 M. in 30 T. Haft, dagegen eine Vergehensstr. von 180 M. — also vom 6fachen Betrage — höchstens in eine 60tägige, also nur 2mal so lange, Haftstr. umgewandelt werden. Richtiger würde der Unterschied darin zu setzen sein, ob die Geldstr. in eine Haft- oder in eine Gefängnisstr. umgewandelt werde.

3) Wie die Geldstr. selbst zwischen dem allgemein bestimmten Mindestbetrag und dem angedrohten Höchstbetr. beliebig abgemessen werden kann (§ 27 N. 6), so kann auch die Höhe der Summe, welche einer eintägigen Freiheitsstr. gleichzuachten ist, innerhalb der in Abs. 1 angegebenen Grenzen frei bestimmt werden; es ist nicht vorgeschrieben, daß ein T. Freiheitsstr. einer bestimmten nach Mark abgerundeten und keine Bruchteile enthaltenden Summe Geldes entspreche; so können z. B. ersatzweise festgesetzt werden an Stelle von 10 M.: Haft von 3 oder von 7 T. bzw. an Stelle von 50 M.: Gef. von 2 W.

Übrigens genügt es, wenn der Richter die Ersatz-Freiheitsstr. so bemißt, daß der einer eintägigen Freiheitsstr. gleichgeachtete Geldbetrag jedenfalls innerhalb der Grenzen des Abs. 1 liegt (RG. IV 29. Nov. 92 G. 40 326, das aufhob, weil einer wg. Verg. erkannten Geldstr. v. 5 M. 2 T. Gef. substituiert waren), während es nicht notwendig erscheint, daß ein bestimmter Geldbetrag gleich einem Tage Freiheitsstr. gerechnet werde. Es erhellt dies aus Abs. 2, wo der zulässige Höchstbetr. der Ersatz-Gefängnisstr. auf ein Jahr, also einen zwischen 365 u. 366 Tagen schwankenden Zeitraum, noch mehr aber aus § 78_2, wo der Höchstbetr. der für mehrere wegen Übertr. erkannte Geldstr. zu substituierenden Haftstr. auf 3 Mt. festgesetzt wird. Es darf deshalb namentl. eine nach Monaten bemessene Ersatz-Freiheitsstr. festgesetzt werden. So: RG. I 27. Nov. 84 E. 11 272, Berlin 2. Juli 75 O. 16 511, Stuttgart 20. März 78 St. 8 102. AM.: München 9. Aug. 73, 24. Aug. 73, 24. Aug. 74, St. 2 2, 4 100, Oppenh.-D. N. 5. Hierbei ist jedoch das Schwanken eines Kalendermonats zwischen 28 u. 31 T. zu beachten, und eine wegen eines Verg. erkannte Geldstr. von 90 M. kann deshalb nicht in eine einmonatige Freiheitsstr. umgewandelt werden; Berlin 14. Feb. 73 St. 2 242.

Zu § 29 Absatz 2. N. 4—7.

4) Die Festsetzung des Mindestbtr. ist von allgemeiner Gültigkeit, die Bestimmung der Höchstbtr. von 6 W. Haft bzw. 1 J. Gef. bezieht sich dagegen nur auf den Fall, daß eine strafb. Hdlg. in Frage steht, während bei Realkonk. die Höchstbtr. des § 79_2 gelten; doch darf auch beim Zusammentreffen mehrerer, wg. mehrerer selbständiger Straftaten erkannter Geldstrafen die an Stelle einer Geldstr. tretende Gefängnisstr. nicht mehr als

Digitized by Google

ein J. betragen; vgl. § 78 N. 5. Der Höchstbetrag der für eine einzelne Straftat schließlich nach § 28_2 festzusetzenden Ersatz-Zuchthausstr. beträgt 8 Mt.

5) Aus der Bestimmung des Mindestbtr. von Einem Tage i. V. mit Abs. 1 folgt, daß Geldstrafenreste unter 3 bzw. 1 M. nicht in Freiheitsstr. umgewandelt werden können, bzw. daß dieserhalb eine bereits im Urteile umgewandelte Freiheitsstr. nicht vollstreckt werden darf (vgl. § 19 N 7bγ); Oppenh.-D. N. 6. Ebenso entfällt, wenn bei Substitution einer Freiheitsstr. im Urteile nur bestimmt ist, welcher Geldbetrag auf eine eintägige Freiheitsstrafe gerechnet werden soll, bezüglich eines überschießenden, in die erkannte Geldstr. nicht aufgehenden Betrages die Möglichkeit einer Umwandlg.; RG. III 9. Dez. 97 G. 46 46.

6) Die im zweiten Satze des Abs. 2 vorgeschriebene — nur für den Fall wahlweiser (nicht auch kumulativer) Androhung — Beschränkung des Höchstbetr. der Ersatz-Freiheitsstr. äußert sich in doppelter Weise. Ist z. B. „Geldstr. bis zu 300 M. oder Gef. bis zu 2 Mt." angedroht, so darf bei der Umwandlung der etwa im Betrage von 300 M. erkannten Geldstr. ein Tag Gef. nicht gleich 3 M. gerechnet werden, weil alsdann 100 T., also mehr als 2 Mt. substituiert würden; es läßt sich hier jedoch die gesetzliche Vorschrift durch Wahl eines anderen Umwandlungsmaßstabes wahren. Anders aber, wenn z. B. „Geldstr. bis zu 150 M. oder Haft bis zu 1 W." angedroht ist, wo, selbst bei einer Gleichstellung des Höchstbtr. von 15 M. = 1 T. Haft, 10 T. Haft, also mehr als 1 Woche, zu substituieren sein würden; es muß deshalb hier schließlich eine Zurückführung auf 1 W. Haft eintreten.

Das im Abs. 2 aufgestellte Prinzip greift jedenfalls auch dann Platz, wenn als ordentliche Strafe Gefängnis, Geldstr. aber nur für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13—18) angedroht ist; denn auch hier hat der Richter mittelbar die „Wahl" zwischen beiden Strafarten und materiell ist zwischen diesem Fall und dem, wo die Wahl direkt gestattet wird, kein Unterschied; RG. II 3. Okt. 84 E. 11 132.

7) Kann nur ein Teil der Geldstr. beigetrieben werden, so ist sowohl in dem Falle, wenn die Ersatz-Freiheitsstr. auf die allgemeinen Höchstbtr. von 6 W. Haft bzw. 1 J. Gef., als auch wenn sie in Gemäßheit des S. 2 Abs. 2 zurückgeführt werden muß, die noch zur Vollstreckung zu bringende Freiheitsstr. nach Verhältnis des nicht gezahlten Teiles der Geldstr. zu deren Gesamtbetrage zu beschränken; demnach ist, wenn z. B. an Stelle einer Geldstr. von 1800 M. 3 Mt. Gef. festgesetzt wurden, bei Bezahlung von 1200 M. nur eine einmonatige Gefängnisstr. zu vollstrecken; so: RG. II 3. Okt. 84 E. 11 132, III 2. Jan. 88 N. 10 3, Geyer 1 182; aM. Berlin 29. Okt. 74 St. 4 274.

Zu § 29. N. 8—10.

8) Wegen der Anwendung des § 29 auf die durch EG. § 2_2 aufrechterhaltenen besonderen Vorschriften gilt dasselbe wie bei § 28; vgl. das. N. 7. So ist VVG. § 162_2, wo wegen der Umwandlung auf die Landesgef. verwiesen wird, nach EG. § 3 durch StGB. § 29_1 ersetzt.

9) Die Grundsätze des § 29 sind auch maßgebend, wenn nach der PrKriminalO. v. 11. Dez. 1805 § 590 kraft Delegation des Begnadigungsrechtes eine Freiheitsstr., die wegen des Gesundheitszustandes des Verurteilten nicht vollstreckt werden kann, durch den Justizminister in Geldstr. umgewandelt wird; RG. III 7. Feb. 80 A. 1 338.

10) Wenn im ersten erstinstanzl. Urteil auf Freiheitsstr. erkannt war, im zweiten aber — nach Aufhebung des ersten auf Revision des Angeklagten — Geldstr. festgesetzt wird, so steht das Prinzip der relativen Rechtskraft nicht entgegen, die Geldstr. höher zu bemessen, als der früheren Freiheitsstr. nach dem Umrechnungsmaßstab des § 29 entsprechen würde; jedoch darf die Ersatz-Freiheitsstr. für den Fall der Unbeibringlichkeit nicht höher bzw. schärfer bemessen werden, als die ursprünglich erkannte Freiheitsstr.; RG. II 12. Juli 80 E. 2 205, III 14. Mai 03 G. 50 288.

§. 30.

In den Nachlaß kann eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden, wenn das Urtheil bei Lebzeiten des Verurtheilten rechtskräftig geworden war.

PrStGB. § 20 Abs. 1. Entw. I § 32 Abs. 1, II § 27. StB. S. 201—205.

Digitized by Google

1) Daß ein noch nicht rechtskräftiges Urteil nicht vollstreckbar ist, schreibt StPO. § 481 ausdrücklich vor. Da aber ein Strafurteil persönlich gegen den Angeklagten sich richtet (§ 28 N. 1), so erlischt das Verfolgungsrecht, wenn der Angeklagte vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils stirbt, indem es zu einer rechtskräftigen Verurteilung nicht mehr kommen kann; Berner S. 315, Rüd.-St. N. 2, Ortloff G. 34 211.

2) Ein Urteil ist „rechtskräftig", wenn es nicht mehr mittels der Berufung o. der Revision angefochten werden kann (Löwe-H. StPO. Buch III N. 2a).

Nach StPO. § 450 erlangt auch ein Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben ist, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Ebenso haben die vollstreckbar gewordenen polizeil. Strafverfügungen u. Strafbescheide der Verwaltungsbehörden (StPO. Buch VI Abschn. 2, 3) tatsächlich die Wirkung eines solchen und müssen i. S. des § 30 einem solchen gleich geachtet werden; so: RG. I 27. Juni 03 E. 36 313 (gelegentlich btr. polizl. Strafbefehle Bad. Bezirksämter), Binding Hb. 1 813, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 3, Ortloff G. 34 211; aM.: Frank N. II, Rüd.-St. N. 3.

3) Da Strafurteile ihrer Natur nach (N. 1) in der Regel nur gegen den schuldigen Verurteilten selbst vollstreckt werden können, so besagt § 30, daß ausnahmsweise eine Geldstr. „in den Nachlaß" des Verurteilten, d. h. gegen die Erben bis zum Betrage des Nachlasses zu vollstrecken sei. Unter der zu N. 1 bezeichneten Voraussetzung „kann" sie vollstreckt werden, d. h. es wird durch diese Fassung des Gesetzes, um die Worte von Goltd., Mat. 1 201, zu gebrauchen, mit dem „kann" nur die Bedingung der rechtskräftigen Verurteilung angedeutet; so die GM.

4) Wenn selbst eine rechtskräftig erkannte Geldstrafe in den Nachlaß zu vollstrecken ist, so ist unbedenklich die Vollstreckung der Buße (E. I Abschn. 1 N. 5a) in den Nachlaß unter derselben Voraussetzung zulässig, wie seitens der Gegner des im § 30 aufgestellten Prinzips zugegeben wird; vgl. die RTdebatten, in denen § 30 lebhaft bekämpft wurde, sowie Binding Hb. 1 813, Finger 1 571, Heinze HH. 2 591.

Btr. der Einzhg. einzelner Gegenstände aus dem Nachlasse vgl. § 40 N. 15.

5) Die Vorschrift des § 30 ist an sich so allgemein gehalten, daß sie auch auf die nach EG. § 2_2 (das. N. 11) in Kraft bleibenden „besonderen Vorschriften" Anwendung findet, wenn diese keine bezügliche Bestimmung enthalten. Für die Frage aber, ob das besondere Landesstrafr. auch von § 30 abweichende Bestimmungen treffen dürfe, ist entscheidend, ob § 30 eine für den Charakter der Geldstr. i. S. des StGB. wesentliche Vorschrift enthält (E. I Abschn. 1 N. 1_3). Dies ist aber zu verneinen; denn, sobald der rechtskräftig Verurteilte verstorben ist, ohne daß eine Vollstreckung der Strafe gegen ihn stattgefunden hat, können gesetzliche gegen den Nachlaß zulässige Maßnahmen den Charakter einer Strafe überhaupt nicht mehr an sich tragen, da diese nur eine höchst persönliche Leistung des als schuldig Verurteilten ist; § 28 N. 1. Wird die Vollstreckung der gegen den Schuldigen rechtskräftig erkannten Geldstr. in den Nachlaß aus fiskalischen (nicht kriminalpolitischen) Gründen gestattet, so ist damit der Rechtssatz ausgesprochen, daß die Strafe nach dem Tode des rechtskräftig Verurteilten die Natur einer zivilrechtl. Schuld annimmt, woraus der Schluß zu ziehen, daß ihre Bezahlung rechtsgültig auch durch einen Dritten erfolgen kann. Ergibt sich hieraus, daß die Vorschrift des § 30 mit dem Wesen der Geldstrafe nichts zu tun hat, so folgt daraus die Unabhängigkeit der durch EG. § 2_2 in Kraft erhaltenen besonderen Landesstrafr. So: Oppenh.-D. N. 2, 7, Rüd.-St. N. 5, Köhler SeuffBl. 68 71. AM.: Frank N. III, Rubo N. 5, Ortloff 34 212.

6) Gegen einen in Geisteskrankheit verfallenen rechtskräftig Verurteilten ist (arg. StPO. § 487_1) eine Geldstr. zu vollstrecken; Geyer 1 194, Hälschner 1 731 N. 2, Stooß Vermögensstr. S. 13.

§. 31.

Die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe hat die dauernde Unfähigkeit zum Dienste in dem Deutschen Heere und der Kaiserlichen Marine, sowie die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter von Rechtswegen zur Folge.

Digitized by Google

Unter öffentlichen Aemtern im Sinne dieses Strafgesetzes sind die Advokatur, die Anwaltschaft und das Notariat, sowie der Geschworenen- und Schöffendienst mitbegriffen.

PrStGB. §§ 11 Abs. 3, 13 Abs. 2 u. 6. Entw. I § 30 Abs. 1, II § 28. StB. S. 205—213.

1) Trotzdem der Gesetzgeber bei Redaktion des StGB. davon ausging, daß die Zuchthausstr. an sich nicht entehrend sei (vgl. § 32 u. Motive z. Entw. II §§ 28, 29), so hat er diese Auffassung dennoch nicht zu ihren äußersten Folgerungen durchgeführt, sondern der historischen Entwickelung Zugeständnisse gemacht; vgl. Rede des Bundeskommissars Friedberg StB. S. 209. Die „von Rechts wegen" eintretenden Folgen einer Verurteilung zur Zuchthausst. bestehen deshalb weder, wie nach PrStGB. § 11, im „Verluste der bürgerlichen Ehre", noch in dem Verluste der Gesamtheit der sog. bürgerlichen Ehrenrechte, sondern in dem Verluste zweier bestimmter bürgerl. Ehrenr., nämlich der Fähigkeit:

a. zum Dienste in dem D. Heere und der Kaiserl. Marine, und

b. zur Bekleidung öffentlicher Ämter.

2) Der Eintritt dieser „Unfähigkeit", die eine „dauernde" ist (vgl. dagegen § 35), begreift naturgemäß den Verlust der etwa bekleideten milit. Dienststellung o. des bekleideten öffentl. Amtes in sich. Es ist aber eine nicht dem Strafr., sondern dem Staatsr. des Reichs und der Bundesstaaten angehörige Frage, ob und wie weit der Verlust des Dienstes bzw. des Amtes, die durch dieselben begründeten Ehren- u. Vermögenrechte aufhebe; Hälschner 1 622, H. Meyer S. 392, Rubo N. 5. Vgl. übrigens u. N. 6.

3) Der Inhalt des § 31 ist nicht unmittelbar an die §§ 14, 15 angeschlossen, weil es nicht um Folgen der Verbüßung der Zuchthausstr., sondern um Folgen der „Verurteilung zur Zuchthausstr." sich handelt. Offenbar hat hier der Gedanke Ausdruck gefunden, daß schon die bloße Tatsache der Belegung mit einer so schweren Strafe wie Zuchth. mit dem Dienste im Heere oder im Amte unverträglich sei; vgl. Motive S. 50. Hiernach wird man der Zuchthausstr., zu welcher ein zum Tode Verurteilter begnadigt wird, dieselbe Wirkung beilegen müssen, wie überhaupt ein Gnadenerlaß in der Wirkung einem richterlichen Urteil gleich ist; man kann hierin unmöglich, selbst falls neben der Todesstr. nicht auf VbER. erkannt war (§ 32), eine Härte finden, da die Vollstreckung der Todesstr. zwar nicht dem VbER. überhaupt, wohl aber die im § 31_1 bezeichneten Folgen notwendig mit sich zieht; Hälschner 1 622, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. § 32 N. 3.

4) Die im § 31 bezeichneten Folgen treten von Rechts wegen mit der Verurteilung zur Zuchthausstr. ein, d. h. mit der Rechtskraft des Urteils (vgl. § 36); RG. I. JS. 19. März 87 E. JS. 19 394; auf sie ist deshalb nicht zu erkennen. Nur ausnahmsweise hat dieses in dem durch § 37 zugelassenen neuen Strafverfahren nach erfolgter Bestrafung im Ausl. zu geschehen; vgl. § 37 N. 7. Außerdem gibt MStGB. § 31 lediglich, um den Eindruck des Urteils zu erhöhen, die Vorschrift, daß neben Zuchth. stets auf Entfernung aus dem Heere o. der Marine erkannt werden muß. Als von Rechts wegen eintretende Folge der Entfernung aus dem Heer ist im MStGB. § 32^3 die Unfähigkeit zum Wiedereintritt in das Heer hingestellt. Diese tritt also nicht ein, wenn versäumt wurde, gegen eine Militärperson auf Entfernung zu erkennen; es ergibt sich hieraus die materielle Bedeutung der an sich wesentlich prozessual. Bestimmung des MStGB. § 31; Rubo N. 1. Andererseits ist im § 42 das. ausdrücklich anerkannt, daß bei Verurteilung einer Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung zu Zuchthausstr. diejenigen milit. Ehrenstr., auf welche nach MStGB. §§ 30—40 erkannt werden muß, von Rechts wegen eintreten.

Da es um notwendige Folgen der Verurteilung zu Zuchth. sich handelt, so ist hinsichtlich ihrer von keiner Vollstreckung die Rede und finden deshalb alle die Vollstreckung von Strafen betreffenden Vorschriften auf sie keine Anwendung, also namentl. nicht § 70, desgl. nicht §§ 7 u. 60. Ebensowenig hat ein Gnadenerlaß, der nur die Vollstreckung der Zuchthausstr. betrifft, Einfluß auf die notwendigen Folgen der Verurteilung zu derselben; dagegen ist nicht zu bezweifeln, daß ein Gnadenerlaß jene Folgen beseitigen kann; Oppenh.-D. N. 2.

Digitized by Google

5) Die im § 31 angegebenen Folgen der Zuchthausstr. sind die einzigen strafrechtlichen, von Rechts wegen eintretenden, die Ehre des Verurteilten betreffenden, da das StGB. die Materie der Zuchthausstr. im StGB. geregelt hat (T. I Abschn. I N. 1, 2). Die zu Zuchthausstr. Verurteilten, denen nicht zugleich die bER. aberkannt sind, sind deshalb trotz der Bestimmung des § 3⁴ des RTWahlG. v. 31. Mai 1869 vom RTWahlrecht nicht ausgeschlossen (§ 33 N. 4); Rüd.-St. §§ 33—36 N. 5; vgl. auch Laband Staatsr. I 289 f.

6) Dagegen sind die Vorschriften des älteren Reichs- und des Landesstrafr., durch welche auf anderen Gebieten als auf dem des Strafr. an die Verurteilung zur Zuchthausstr. gewisse Folgen geknüpft werden, nicht aufgehoben. So soll es nach den Motiven zu §§ 12, 13 dem „Vormundschaftsrecht oder der Strafprozeßordnung" (in welcher die Frage übrigens nicht geregelt worden ist) anheimfallen, zu bestimmen, unter welchen Verhältnissen für einen Zuchthaussträfling eine Kuratel (Pflegschaft) einzuleiten sei. Es wurde hierdurch anerkannt, daß die Verhängung der Zuchthausstr. eine im Gebiete des Vormundschaftsr. zu berücksichtigende Tatsache sei; ebensowenig kann aber der Tatsache der Verurteilung oder der Abbüßung einer Zuchthausstr. auf anderen Rechtsgebieten die Bedeutung abgeschnitten werden, und ist es daher für statthaft und gültig zu erachten, wenn im Familien- o. Eherecht, bsgl. im Gewerber. oder im Staatsr. an die Verurteilung zur Zuchthausstr. gewisse Folgen geknüpft werden, wie Verlust der elterlichen Gewalt (BGB. § 1680), Ehescheidungsgrund, Nichterteilung von Konzessionen 2c. (vgl. T. I Abschn. 1 N. 2_3). So: Colmar OLG. 27. März 82 Franz Rechtspr. I 30 (btr. die dauernde Unf. z. Ausübg. d. Wahlr. für die Wahlen z. d. Bezirkstagen 2c. in EL.), Binding Hb. I 330, Teichmann HRl. „Ehrenstr.". AM.: Rubo § 14 N. 9, Mandry-G. Zivilr. Inh. d. RG. S. 102 f.

7) Das StGB. gibt keine Definition des „öffentlichen Amtes". Der § 359 definiert allerdings den „Beamten i. S. dieses Strafgesetzes"; allein, wenn man auch versucht sein könnte, bei der Definition des „Beamten" auf den Begriff des Amtes zurückzugehen, so erscheint der umgekehrte Weg von vornherein ausgeschlossen, ganz abgesehen davon, daß, wie namentlich auch das StGB. in §§ 31_2 u. 359 hinsichtlich der Advokatur u. Anwaltschaft ausdrücklich anerkennt, keineswegs amtliche Funktionen nur durch einen Beamten wahrgenommen werden können; vgl. §§ 132, 359. Zu beachten ist jedoch der Umstand, daß, während § 359 eine Definition des „Beamten" i. S. des StGB. gibt, welche nur die Reichs- u. mittelbaren sowie unmittelbaren Staatsbeamten umfaßt, es hier darum sich handelt, was i. S. des StGB. unter „öffentlichen Ämtern", nicht etwa nur unter „Reichs- u. Staatsämtern" zu verstehen sei. Der ungezwungene Gegensatz des öffentl. Amtes, welchen Begriff das StGB. im Abs. 1 „ohne irgendwelche Beschränkung, somit also i. S. der allgemeinen Sprachweise" (so Rubo N. 3), gebraucht, ist der des privaten Amtes und er kann lediglich durch den Gegensatz des öffentl. und des Privat-Rechts klargestellt werden. Versteht man unter „Amt" im allg. einen durch das objektive Recht oder durch Vertrag begrenzten Kreis von Geschäften, so ist unter einem öffentl. Amte ein durch das öffentl. Recht begrenzter Kreis von staatlichen Geschäften zu verstehen; vgl. Laband Staatsr. I 338. Ein Hauptzweig des öffentl. Rechts ist das Reichs- u. Staatsr. und deshalb fallen unter den Begriff der „öffentlichen Ämter" zwar namentl. die unmittelbaren u. mittelbaren Reichs- u. Staatsämter, aber diese nicht ausschließlich; denn das öffentl. Recht ist keineswegs mit dem Staatsr. identisch; Rubo N. 3. Insbs. bildet das Kirchenr. einen Teil des öffentl. Rechts, weshalb auch die Kirchenämter als solche, und namentl. das Pfarramt, öffentl. Ämter sind; anders die GM. insbs.: RG. I 13. März 84 E. 10 199 (einerseits aus § 359) argumentierend, dann aber namentl. auf Grund der Entstehungsgeschichte aus dem PrStGB., nach welchem zweifellos nur die unmittelb. u. mittelb. Staatsämter als „öffentl. Ämter" i. S. der §§ 12, 22, 25, 104 desselben anzusehen gewesen seien), Berlin 17. Juni, 28. Mai, 12. Nov. 74, St. 4 97, O. 15 335, 768; H. Meyer S. 355 N. 18 u. Frank N. II 2 sehen das Landesrecht für entscheidend an.

8) Nach der ganzen Redaktion des StGB. (vgl. Rubo S. 95) ist aber eine Beschränkung des Begriffs der öffentl. Ämter dahin gegeben, daß nur solche darunter zu verstehen sind, welche dem inländischen öffentl. Rechte angehören. Es sind dieses jedenfalls die

Digitized by Google

auf Grund der Autorität des Reichs oder eines der Bundesstaaten auszuübenden Reichs- u. mittelb. sowie unmittelb. Staatsämter, mag deren Sitz auch im Ausl. sein, nicht aber die von ausl. Staaten verliehenen Ämter, selbst nicht, wenn umgekehrt deren Sitz in D. ist.

9) Im einzelnen wird die Entscheidung, ob ein Amt ein öffentl. oder privates sei, nicht selten schwierig sein. Hinsichtlich der Reichs- u. Staatsämter ist sie aus dem Staatsr. des DR. und der Bundesstaaten zu entnehmen; Berlin 10. Juni 74 St. 4 119. Nach Reichsr. ist als „öffentl. Amt" zu erachten der gemäß BGB. § 1849 landesgesetzl. einzurichtende „Gemeindewaisenrat", aber auch der nach BörsenG. v. 22. Juni 1896 zu bildende „Börsenausschuß".

10) Einige Ämter sind im Abs. 2 ausdrücklich als solche bezeichnet, und zwar sind dies, abgesehen vom Notariat, solche, welche nicht durch Beamte verwaltet werden, indem Advokaten und Anwälte nach § 359 keine Beamten sind, Geschworene und Schöffen aber deshalb nicht, weil ihre Dienstpflicht nichts anderes ist als die Untertanenpflicht, in welcher jene mit enthalten ist; Laband Staatsr. I 405. Hinsichtlich des Schöffen- u. Geschworenen-Amtes erwähnt das GVG. §§ 32 Nr. 1, 85_2 die Unfähigkeit derjenigen Personen, welche die Befähigung infolge strafgerichtl. Verurteilung verloren haben.

11) Die Bestimmung des Abs. 2 gilt „im Sinne dieses Strafgesetzes" (§ 8 N. 1), d. h. des ganzen StGB., also namentl. auch für § 132 (das. N. 2_3). Es wird aber auch nicht zweifelhaft sein können, daß sie in gleicher Weise i. S. des EG. § 5 (das. N. 4b) gilt, da die dort für die Landesgesetzgbg. zugelassene „Entziehung öffentl. Ämter" nur der inkorrekte Ausdruck für die im StGB. vorkommende Strafe des „Verlustes öffentl. Ämter" ist, eine Einschränkung des Begriffs aber, etwa auf die öffentl. Ämter des betreffenden Bundesstaats, von dessen Gesetzgebung die Strafe angedroht wird, nicht ausgesprochen, auch durch die Redaktionsweise des StGB. bzw. des EG. nicht bedingt ist.

§. 32.

Neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, neben der Gefängnißstrafe nur, wenn die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreicht und entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zuläßt oder die Gefängnißstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird.

Die Dauer dieses Verlustes beträgt bei zeitiger Zuchthausstrafe mindestens zwei und höchstens zehn Jahre, bei Gefängnißstrafe mindestens Ein Jahr und höchstens fünf Jahre.

PrStGB. §§ 7 Abs. 2, 11 Abs. 3, 21. Entw. I § 25 Abs. 1 u. 2, II § 29. StB. S. 1146.

Zu §§ 32—34, 36 und 37. N. 1.

1) In den §§ 32—34, 36 und 37 wird eine der wesentlichsten Nebenstrafen (I. I Abschn. 1 N. 3b1) behandelt, und zwar der „Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte"; es handelt sich also einerseits nicht um den „Verlust der Ehre", andererseits aber auch nicht um eine bloße „Untersagung der Ausübung der bürgerl. Ehrenr.", sondern um deren Verlust. Deshalb verstoßen Urteile, welche „Ehrverlust" oder „Untersagung der Ausübung der bürgerl. Ehrenr." verhängen, gg. das Gesetz; Berlin 21. Apr. 71 O. 12 221.

Welches die einzelnen bER. sind, ergeben die §§ 33, 34; andere bER. gibt es im strafrechtl. S. nicht; vgl. § 37 N. 5.

Zu § 32 Absatz 1. N. 2—8.

2) Der VbER. ist eine Nebenstr., auf welche zu „erkennen" ist, nicht eine von selbst eintretende Folge einer Strafe, wie § 31 sie ausspricht.

3) Die Aberkennung der bER. ist ausweislich des Wortes „kann" nur freigestellt, nicht geboten, und somit nach richterlichem Ermessen zu verhängen. Dieses entscheidet namentl. auch Ausländern gegenüber und die Aberkennung der bER. ist keineswegs des-

Digitized by Google

halb unſtatthaft, weil ſie keine praktiſchen Folgen hat, wie z. B. gegenüber einem Ausländer, der bereits auf Grund des § 39[2] aus dem Bundesgebiete verwieſen iſt; Berlin 18. Feb. 74 D. 15 86. Es beruht dies nach den Motiven auf der Erwägung, „daß es die Tat mit ihren Beweggründen iſt, welche über die Ehrloſigkeit des Täters entſcheidet", daß ſomit der BbER. weder unter allen Umſtänden mit der Verurteilung wegen gewiſſer ſtrafb. Hdlgen, noch mit der Verurteilung zu gewiſſen Strafen verknüpft werden könne.

Nur ausnahmsweiſe iſt einerſeits ſtets in den Fällen des Meineides, der ſchweren Kuppelei und des gewerbs- u. gewohnhtsm. Wuchers (§§ 161$_1$, 181, 302d, e) die Aberkennung der bER. vorgeſchrieben, andererſeits mit der Verurteilung zur Zuchthausſtr. der Verluſt einzelner bER. von Rechts wegen verbunden (§ 31).

Wenn übrigens in Reichs- u. Landesgeſ., z. B. GVG. § 128 u. PrG. btr. d. Verf. der Verwaltungsgerichte v. 3. Juli 1875 § 21, von der „Verurteilung zu einer Strafe wegen einer entehrenden Hdlg.", die Rede iſt, ſo iſt die Annahme einer ſolchen Verurteilung nicht davon abhängig, daß auf BbER. erkannt worden ſei.

Wegen der während der Beurlaubung erfolgten Verurteilung einer Perſon des Beurlaubtenſtandes zu BbER. vgl. MStGB. § 42.

4) Im beſonderen kann neben folgenden Hauptſtr. BbER. erkannt werden:

a. neben der Todesſtr. unbedingt; nach den Motiven bzw. deren Anl. 2 S. XIII iſt die Nebenſtr. hier zugelaſſen, „um den Unterſchied zwiſchen den entehrenden und den nicht entehrenden Fällen der todeswürdigen Verbr. hervortreten zu laſſen", und ſie hat praktiſche Bedeutung „nicht nur für den Zeitraum zwiſchen dem Tage, an welchem das Urteil rechtskräftig wird, und dem Tage der Enthauptung, ſondern auch in den Fällen einer Begnadigung"; das letztere deshalb, weil durch die „Ausübung der Gnade bei der Milderung der Strafe" nicht etwas würde hinzugefügt werden dürfen, „was wieder als Verſchärfung angeſehen werden könnte";

b. neben der Zuchthausſtr. unbedingt; notwendig iſt die Aberkennung hier aber auch dann nicht, wenn bei alternativer Androhung v. Zuchth. u. Gef. die Zuchthausſtr. unter der nach § 20 (daſ. N. 2b) erforderlichen Feſtſtellung, daß die ſtrafb. Hdlg. aus einer ehrloſen Geſinnung entſprungen iſt, verhängt wird;

c. neben einer Gefängnisſtr.; hier jedoch zunächſt nur unter einer doppelten Bedingung (N. 5, 6).

5) Neben einer Gefängnisſtr. (N. 4c) darf auf BbER. zunächſt nur erkannt werden, wenn die Dauer der erkannten (nicht der zu vollſtreckenden) Strafe drei Monate erreicht und zwar die für Eine ſtrafb. Hdlg. zu verhängende Strafe; denn § 76$_1$ beſtimmt, daß die Aberkennung der bER. bei einer Geſamtſtr. nicht ausgeſchloſſen iſt, wenn ſie neben Einer der verwirkten Strafen zuläſſig oder geboten iſt. So die GM., insbſ. RG. I 5. Feb. 80 R. I 321. Dies gilt auch für die Ausnahmefälle (N. 3$_2$), wo die Aberkennung obligatoriſch neben Gefängnis vorgeſchrieben iſt; denn andere Abweichungen von den Vorſchriften des § 32 ſind damit nicht angeordnet; RG. I 6. Mai 89 E. 19 203 (btr. § 302d).

6) Als weitere Bedingung der Zuläſſigkeit der Aberkennung der bER. neben einer Gefängnisſtr. (N. 4c) tritt jedoch hinzu, daß

a. entweder das Geſetz den BbER. „ausdrücklich" zuläßt, wie im StGB. ſelbſt in den Fällen der §§ 49a, 108, 109, 133$_2$, 142, 143, 150, 156—160 (161), 164, 168, 173, 175, 180, 183, 242, 246 (248), 253 (256), 258[1], 259 (262), 263, 266, 267, 274, 275, 277—279 (280), 284, 289, 294, 302, 304, 329, 333 u. 350, neben welchen für den Verſuch und die Beihilfe die §§ 45 u. 49 in Betracht kommen;

b. oder „die Gefängnisſtrafe wegen Annahme mildernder Umſtände an Stelle von Zuchthausſtrafe" ausgeſprochen wird, was auf Grund des StGB. ſelbſt in den Fällen der §§ 115$_2$ (116$_2$), 118, 125$_2$, 146, 147 (149), 171, 174, 176, 177, 179, 213, 217, 218, 239$_{2,3}$, 243, 244, 249, 250, 252, 255, 258[2], 261, 264, 265, 268, 270, 272, 273, 308 (311), 332, 334, 340$_2$, 346, 347$_1$ u. 351 geſchehen kann.

Die übrigen Fälle, in denen im StGB. mild. Umſt. bei, mit Zuchth. bedrohten, Verbr. zugelaſſen werden (E. I Abſchn. 4 N. 13a), ſind deshalb für die Anwendung des § 32 ohne

Digitized by Google

Bedeutung, weil in ihnen bei Annahme mild. Umst. entweder nicht Gefängnisstr., sondern eine andere Strafe, z. B. im § 90 Festungsh., an Stelle von Zuchth. tritt, oder aber Gefängnisstr. nicht an die Stelle von Zuchth. tritt. Letzteres ist nicht nur dann der Fall, wenn die ordentliche Strafe gleichfalls Gef. ist, wie im Falle des § 113, sondern namentl. auch dann, wenn die ordentliche Strafe alternativ in Zuchth. oder einer anderen Strafe besteht, wie z. B. im Falle des § 224, wo „Zuchth. bis zu 5 J. oder Gef. nicht unter einem J." angedroht ist; die durch § 228 für das Vorhandensein mild. Umst. angedrohte Strafe von „Gef. nicht unter einem Mt." wird sonach ev. nicht „an Stelle von Zuchth.", sondern an Stelle von Zuchth. oder einer im Mindestbetrage höheren Gefängnisstr. ausgesprochen. Es können deshalb, wenn in solchen Fällen bei Annahme von mild. Umst. Gef. von drei Monaten oder mehr erkannt wird, die bER. nicht aberkannt werden; RG. IV 5. Juni 94 E. 25 408, Finger I 485, Oppenh.-D. N. 5.

7) Beim Versuch eines V. o. V. ist die Aberkennung der bER. zulässig oder geboten, je nachdem solches bei der vollendeten Tat der Fall ist; § 45. Dasselbe gilt für die Anstiftung und Beihilfe; §§ 48_2, 49_2.

Unzulässig ist die Aberkennung der bER. bei nicht voll Strafmündigen; § 57^5.

8) Nimmt der Richter von der Aberkennung der bER. überhaupt Abstand, so kann er nach § 35 auf Unfz. öffentl. Ämter erkennen, niemals aber beide Nebenstr. nebeneinander verhängen; Berlin 18. Feb. 74 D. 15 86.

Zu § 32 Absatz 2. N. 9—12.

9) Der Abs. 2 bestimmt die Grenzen der Zeitdauer der mit zeitigen Freiheitsstr. verbundenen Aberkennung der bER., woraus andererseits sich ergibt, daß dieselbe neben der Todesstr. und der lebenslängl. Zuchthausstr. zeitlich unbeschränkt zu erfolgen hat; RG. I 10. März 87 N. 9 175. Die Rücksicht auf eine etwa eintretende Begnadigung steht nicht entgegen, da durch diese die Zeitdauer des VbER. gleichfalls beschränkt werden kann. Zweckmäßig wird es jedoch immer sein, analog dem Falle des § 161, ausdrücklich auf dauernden Verlust zu erkennen. Anderenfalls würde bei sich ergebenden Zweifeln nach StPO. § 490 zu verfahren sein.

Daß die Bemessung der Zeitdauer nach vollen Jahren erfolgen müsse, erfordert das Gesetz nicht; demgemäß ist es zulässig, die bER. z. B. auf 1 J. 6 Mt. abzuerkennen.

10) Die Vorschrift des § 36, wonach die Zeitdauer des VbER. erst von der Verbüßung der Freiheitsstr. ab berechnet wird, bedingt, daß jene regelmäßig eine längere ist als der im Urteil ausgedrückte Zeitraum, so daß der Vorschrift des Abs. 2 ein mehr formaler Charakter zukommt. Ausnahmen hiervon können im Falle des § 7 (das. N. 7) u. des § 60 (das. N. 13), müssen aber im Falle des § 37 (das. N. 9) eintreten.

Über die Zulässigkeit der Zeitdauer im Falle einer Gesamtstr. vgl. § 76 N. 2.

11) Wenn bereits gegen jemand durch ein Urteil auf VbER. erkannt ist, und demnächst durch ein späteres Urteil gegen ihn dieselbe Nebenstr. verhängt wird, so ist in diesem die Zeitdauer selbständig zu bemessen. Mit Rücksicht auf § 36 (das. N. 9) läuft jedoch alsdann möglicherweise die eine Nebenstr. (und zwar insofern wirkungslos) neben der anderen her.

12) Werden bei Bemessung der Zeitdauer des VbER. neben zeitigen Freiheitsstr. die Vorschriften des Abs. 2 nicht beobachtet, wird z. B. neben Gef. auf VbER. auf die Dauer von 10 J. erkannt, so dauert trotzdem die Wirkung der Nebenstr. dem Urteil gemäß, wenn letzteres die Rechtskraft beschritten hat.

Sollte in dem Urteil eine Zeitdauer des VbER. überhaupt nicht ausgesprochen sein, so wird die Aberkennung zwar den dauernden Verlust der in § 33 genannten Rechte bewirken, dagegen § 34 nicht in Wirksamkeit treten, weil im Urteil eine Zeit nicht bestimmt ist, § 34 aber eine solche voraussetzt. AM. einerseits Oppenh.-D. N. 10, der die in § 34 erwähnte Unf. für die ganze Lebensdauer wirksam erachtet, andererseits Rüd.-St. N. 9 u. Rubo N. 10, welche annehmen, daß die nach Abs. 2 zulässigen Mindestbeträge erkannt seien. Anders liegt es, falls der VbER. neben lebenslängl. Zuchth. o. neben Todesstr. verhängt wurde; dann gilt die Verhängung auf Lebensdauer, ohne daß es eines Ausspruchs darüber bedarf; Frank N. III.

Im Zweifelfalle findet übrigens StPO. § 490 Anwendung.

Digitized by Google

§. 33.

Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurtheilten hervorgegangenen Rechte, ingleichen den dauernden Verlust der öffentlichen Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen.

PrStGB. § 22. Entw. I § 26, II § 30.

Zu §§ 33, 34 und 36. N. 1—4.

1) Die §§ 33, 34 u. 36 behandeln die „Wirkungen" der Aberkennung der bER., und zwar die §§ 33 u. 34 die Art der Wirkungen, § 36 deren Zeitdauer. Was jene betrifft, so bezeichnet § 33 diejenigen Rechte, deren Verlust mit der Aberkennung eintritt, § 34 aber diejenigen, zu deren Ausübung der Verurteilte während der aus dem Urteil sich ergebenden Zeit unfähig wird.

2) Da das StGB. die Materie der Nebenstr. des VbER. behandelt, so ist das Landesstrafr. nach EG. § 2_1 nicht befugt, abweichende Bestimmungen zu treffen, namentl. auch nicht dem VbER. andere und insbs. weitergehende Wirkungen beizulegen, als wie sie das StGB. kennt. Die durch EG. § 2_2 in Kraft erhaltene besondere Landesgesetzgbg. ist aber schon deshalb nicht in der Lage, abweichende Bestimmungen zu treffen, weil nach § 5 das. jene Nebenstr. in den Landesges. nicht angedroht werden darf. Sollte aber in einem älteren, in Kraft gebliebenen, Landesges. VbER. (oder eine dem Wesen nach gleichartige Strafe) angedroht sein (EG. § 5 N. 2), so würde dieselbe allerdings weitergehende Wirkungen als der VbER., wie er in den §§ 33 f. geregelt ist, nicht haben können; denn er ist in seinen Wirkungen so bestimmt und fest umgrenzt, daß die Strafart eine andere sein würde, sobald ihre Wirkungen andere wären; es würde nicht mehr eine i. S. des EG. § 6 „im StGB. enthaltene Strafart" sein (T. I Abschn. 1 N. 1_3).

Es ergibt sich hieraus insbs., daß durch die Landesgesetzgbg. weder der „Verlust des Adels" (wie Preußen beantragte) noch die „Unfähigkeit", während der im § 34 festgesetzten Zeit „den Adel zu führen" (so noch nach dem Kommissions-Entw. § 31 N. 4, während der Bundesrats-Entw. diese Nummer strich, auch dem Preuß. Antrage nicht stattgab), als Folgen des VbER. hingestellt werden können, ebensowenig ferner der noch im Entw. II enthaltene „Verlust von Ruhe- u. Gnadengehalten" oder endlich die im PrStGB. hervorgehobene „Unfähigkeit, als Zeuge o. Sachverständiger eidlich vernommen zu werden", auf welche nur im Falle des § 161 zu erkennen ist.

3) Daraus, daß die strafrechtl. Wirkungen des VbER. durch die Landesgesetzgbg. nicht vermehrt werden dürfen, folgt nicht, daß die Tatsache der erfolgten Aberkennung d. bER. gegen eine bestimmte Person in den Landesges. überhaupt keine Berücksichtigung finden dürfe; es können mit anderen Worten an den VbER. andere als strafrechtl. Folgen geknüpft werden; entscheidend ist dabei immer das Wesen der Sache (T. I Abschn. 1 N. 2_3); RG. III ZS. 28. Mai 80 E. ZS. 2 66, H. Meyer S. 389, Oppenh.-D. § 34 N. 12, v. Schwarze S. 76.

Ebenso können weiter an die einzelnen Folgen des VbER. wieder andere nicht strafrechtl. Folgen geknüpft werden, so z. B. an die Unf. des Tragens der Landeskokarde (§ 34[1]) die Verpflichtung zur Versagung des Jagdscheines nach dem PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 § 15b.

4) Die neuere Reichsgesetzgbg. hat an den VbER. mannigfache Folgen geknüpft; vgl. deshalb: GVG. § 176_1, ZPO. § 1032_2, PreßG. § 8, GewerbeO. § 106, HGB. § 81, BGB. § 2237 N. 2, GenossenschaftsG. § 68, BörsenG. v. 22. Juni 1896 § 7[2]. Dagegen ist die Bestimmung des ReichstagswahlG. v. 31. Mai 1869 § 3[4] Abs. 2, wonach bei Beschränkung des Vollgenusses staatsbürgerl. Rechte infolge politischer Straftaten die Wahlberechtigung bereits nach Vollstreckung oder Erlaß der Strafe wieder hergestellt sein soll, für aufgehoben zu erachten, da die Regelung der Materie nach EG. § 2_1 das ältere abweichende Bundesrecht beseitigt hat (§ 31 N. 5); so: Binding Grundr. S. 206, Rüd.-St. §§ 33—36 N. 5, Laband Staatsr. I 290.

Digitized by Google

Eine Erweiterung der Wirkungen des VbER. wird durch MStGB. § 42 insofern herbeigeführt, als im Falle der Verhängung dieser Strafe gegen eine Person des Beurlaubtenstandes diejenigen militär. Ehrenstr., auf die sonst erkannt werden muß, von Rechts wegen eintreten.

Zu § 33 N. 5—8.

5) Dadurch, daß an der Aberkennung der bER. der „dauernde Verlust" gewisser Rechte geknüpft wird, erstrecken ihre Wirkungen rechtlich und tatsächlich sich über die Zeit hinaus, auf welche der VbER. ausgesprochen wird. Anders als die von Rechts wegen mit der Zuchthausstr. verknüpften Wirkungen des § 31 können jedoch jene an sich dauernden Wirkungen durch den nach Ablauf des im § 34 bestimmten Zeitraums statthaften Wiedererwerb der verloren gegangenen Rechte aufgehoben werden; vgl. § 34[3, 4].

6) Was im besonderen zunächst den „dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte" anbetrifft, so kann nicht zweifelhaft sein, daß nicht die „geheimen Wahlen" (vgl. ReichstagswahlG. v. 31. Mai 1869 § 10), sondern die in „privaten Angelegenheiten" stattfindenden den Gegensatz bilden, so daß „öffentliche Wahlen" die in „öffentlichen Angelegenheiten" vorzunehmenden sind; Oppenh.-D. N. 5. Öffentl. Angelegenheiten sind aber nicht mit Staatsangelegenheiten identisch, der Begriff „öffentlich" ist hier vielmehr genau so zu fassen wie im § 31 (das. N. 7—9). Es sind deshalb namentl. die in kirchlichen Angelegenheiten stattfindenden Wahlen öffentliche; so: Goltd. Mat. 1 173, John HH. 3 85, Schütze S. 77 N. 6, v. Schwarze N. 4; aM.: Binding Grundr. S. 205 (Staats- o. Gemeindewahlen), Hälschner 1 607, während Berner S. 240 u. H. Meyer S. 387 N. 8 für die Frage, ob kirchliche Wahlen als öffentl. zu gelten haben, die landesgesetzl. Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche entscheidend erachten; wenn dagegen Oppenh.-D. N. 5 u. § 34 N. 5 die gesetzliche Regelung der kirchlichen Angelegenheiten als Voraussetzung hervorhebt, so ist demgegenüber zu bemerken, daß ohne eine solche von „kirchlichen" Angelegenheiten nicht wohl die Rede sein kann; es handelt sich dann vielmehr nur um die Angelegenheiten religiöser Privatgenossenschaften.

Indem die Frage, welche Angelegenheiten und somit welche Wahlen öffentliche seien, nach dem Reichs- u. Landesstaatsr. zu entscheiden ist (§ 31 N. 9), ist es unrichtig, wenn Oppenh.-D. § 34 N. 5 behauptet, daß schlechthin Angelegenheiten kaufmännischer Korporationen keine öffentl. seien; vielmehr ist es recht wohl denkbar, daß jene nach dem Rechte eines Bundesstaates Institute des öffentl. Rechts sind; vgl. § 1, des BörsenG. v. 22. Juni 1896.

7) Was den Verlust der „öffentlichen Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen" anbetrifft, so gilt wegen des Begriffs „öffentlich" das in der vorigen Note bzw. zu § 31 N. 7—10 Gesagte. Unter „öffentl. Würden 2c." sind im besonderen solche gemeint, welche vom Staate oder von Korporationen des öffentlichen Rechts — also unter staatlicher Autorität — verliehen oder bestätigt werden, also namentl. auch die sog. akademischen Würden; so: Berlin (KG.) 12. März 96 G. 44 63, Binding Grundr. S. 206, Hälschner 1 609, v. Liszt S. 270 N. 21, H. Meyer S. 388 N. 16, Rüd.-St. N. 4; mit Binding u. Hälschner werden auch Ehrenbürgerrechte hierhin zu rechnen sein; auch die ehrenhalber verliehenen Hofchargen, dagegen nicht die besoldeten Hofämter, welche die GM. auch nicht unter die öffentl. Ämter rechnet (§ 359 N. 14).

Hervorzuheben ist, daß, da die Anwaltschaft nach § 31, ein öffentl. Amt ist, gegen einen Rechtsanwalt, dem die bER. aberkannt sind, § 33 (dsgl. § 34[3]) Anwendung findet; vgl. RAO. § 5[1].

Daß unter „Titel" im Sinne dieser Gesetzesvorschrift etwa auch der Adel, sei es überhaupt, sei es soweit er als sog. titulierter Adel mit Prädikaten, wie Freiherr 2c., verbunden ist, verstanden werden könnte, muß nach dem N. 2, Bemerkten für völlig ausgeschlossen gelten.

Im übrigen vgl. wegen „Würden, Titel, Orden u. Ehrenzeichen" § 360[8] N. bβ, c.

8) Zu beachten bleibt aber, daß nach dem zu § 31 N. 8 Bemerkten der Begriff „öffentlichen" in dem hier in Rede stehenden Sinne lediglich auf das öffentl. Recht des DR. und der Bundesstaaten bezogen werden muß. Es ergibt sich daraus, daß akademische von ausl. Universitäten verliehene Würden, sofern sie einer inl. Bestätigung nicht bedürfen, trotz VbER. nicht verloren gehen; so Oppenh.-D. N. 11; aM.: Hälschner 1 605, H. Meyer

Digitized by Google

S. 388 N. 16, Rüd.-St. N. 2, während mit Berner S. 240, Frank §§ 33 f. N. II 2 u. Oppenh.-D. aO. anzunehmen sein wird, daß ihre Führung im Inl. ruhe. Ebendeshalb tritt auch nicht der Verlust von auswärtigen Orden und Ehrenzeichen ein, sondern es ist nur die erteilte Genehmigung zu deren Anlegung als aufgehoben zu erachten. Dasselbe gilt von den mit akademischen Graden verbundenen Titeln, falls es zu deren Führung einer inl. Genehmigung bedarf (vgl. PrV. v. 7. Apr. 1897, PrGS. S. 99).

§. 34.

Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt ferner die Unfähigkeit, während der im Urtheile bestimmten Zeit

1) die Landeskokarde zu tragen;
2) in das Deutsche Heer oder in die Kaiserliche Marine einzutreten;
3) öffentliche Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu erlangen;
4) in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben;
5) Zeuge bei Aufnahmen von Urkunden zu sein;
6) Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienraths oder Kurator zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handele und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrath die Genehmigung ertheile.

PrStGB. § 12 Nr. 1, 3, 5, 6. Entw. I § 27. Kommissions-Entw. § 31. Bundesrats-Entw. § 31. Entwürfe d. EGzBGB.: I (fehlt); Bundesratsvorl. Art. 8 I; RTvorl. Art. 33 I.

1) Vgl. §§ 33 N. 1—4, insbs. N. 2 über die Abweichung des Bundesrats-Entw. von demjenigen der Kommission.

Während der Entw. I des EGBGB. im Art. 16 eine Abänderung des § 34 noch nicht in Aussicht genommen hatte, sah der Art. 8 I der Bundesrats- und Art. 33 I der RTvorlage die demnächst durch Art. 34 I zum Gesetz erhobene Abänderung vor, durch welche in Nr. 6 die Worte: „Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrats" durch die jetzigen Eingangsworte der Nr. 6 ersetzt worden sind.

2) Nr. 1. Die „Landeskokarde" ist an sich nur zum Tragen der Angehörigen des betreffenden Staates bestimmt; das Tragen seitens Nicht-Staatsangehöriger ist ein unbefugtes, in vielen Bundesstaaten straflose, weil nicht unter § 360[8] fallendes Handeln (vgl. jedoch PrKabO. v. 13. Okt. 1824 Nr. 7). Hiernach wird die in Nr. 1 ausgesprochene Unf. zum Tragen der Landeskok. dahin zu verstehen sein, daß der mit VbER. Bestrafte während der im Urteile bestimmten Zeit unfähig ist, die Landeskok. desjenigen oder derjenigen Bundesstaaten zu tragen, in dem oder in denen er nach IndigenatsG. § 2 staatsangehörig ist, mag er auch in dem einen der Bundesstaaten z. B. der Verurteilung noch nicht die Staatsangehörigkeit besessen haben; Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 4.

Wegen weiterer Folgen, die an den Verl. der Landes- o. sog. Nationalkokarde geknüpft werden können, vgl. § 33 N. 3[2].

3) Nr. 2. Nur die Unf. zum „Eintritt in das D. Heer oder die Kaiserl. Marine" wird ausgesprochen. Wird gegen eine Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung auf VbER. erkannt, so greift MStGB. §§ 42 bzw. 30—40 Platz; demgemäß tritt nach § 31 das. gegen Offiziere bei jeder Aberkennung der bER. Entfernung aus dem Heere von Rechts wegen ein, dagegen gegen Unteroffiziere und Gemeine nur, wenn die Dauer des Verlustes 3 J. übersteigt. Wird übrigens VbER. neben Zuchth. erkannt, so fällt mit Rücksicht auf § 31 die praktische Bedeutung der Nr. 2 weg.

4) Nr. 3. Über den Begriff der „öffentlichen Ämter 2c." vgl. § 33 N. 7, 8. Die Unf., diese zu erlangen, macht auch eine, in Unkenntnis davon, dennoch geschehene Übertragung bzw. Verleihung unwirksam. Wird der VbER. neben Zuchth. erkannt, so fällt

Digitized by Google

hinsichtlich der öffentl. Ämter, wie bei Nr. 2, die praktische Bedeutung mit Rücksicht auf § 31 weg.

5) Nr. 4. Ob „öffentliche Angelegenheiten" wegen des Ausdrucks „andere politische Rechte" mit „Staatsangelegenheiten" gleich geachtet werden müssen, erscheint zweifelhaft, wird jedoch auf Grund der Ausführungen zu § 31 N. 7—9 und zu § 33 N. 6—8 verneint werden müssen; aM. Oppenh.-D. N. 5. Die aus dem PrStGB. § 12[3] herüber genommene Ausdrucksweise ist allerdings inkorrekt, nötigt aber nicht dazu, dem „öffentlich" hier eine andere Bedeutung beizulegen als in anderen ähnlichen Verbindungen; auch Goltd. Mat. I 173 bezog das Recht „in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen" mit auf das Stimmrecht in kirchlichen Angelegenheiten.

6) Nr. 5. Wenn die Aberkennnung der bER. die Unf. „Zeuge bei Aufnahmen von Urkunden (vgl. § 267) zu sein" bewirkt, so kann das an sich nur dahin verstanden werden, daß eine Urk., zu deren Gültigkeit es bei der Aufnahme der Zuziehung von Zeugen bedarf, nichtig ist, falls eine nicht im Besitze der bER. befindliche Person zugezogener Zeuge bei der Aufnahme gewesen ist. Allein die heutige Gesetzgebung des Reichs hat die Nr. 5 zum Teil aufgehoben. Nach § 168 FGG. gelten für die gerichtl. u. notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, unbeschadet der Vorschriften des BGB. über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, die §§ 161 bis 182 das.; nach § 169 muß der Richter einen Gerichtsschreiber und „zwei Zeugen", der Notar einen zweiten Notar o. „zwei Zeugen" zuziehen, falls ein Beteiligter taub 2c. ist; darnach hängt die Gültigkeit der Urk. — in Ermangelung der Zuziehung eines Gerichtsschreibers o. eines zweiten Notars — von der Zuziehung zweier Zeugen ab; entsprechendes gilt nach BGB. § 2233 für den Fall der Errichtung eines Testaments gemäß § 2231 Nr. 1 das. Trotzdem aber ordnet FGG. § 173 Nr. 2 u. ebenso BGB. § 2237 Nr. 2 nur an, daß als Zeuge bei der Beurkundung bzw. bei der Testamentserrichtung nicht mitwirken solle, wer der bER. für verlustig erklärt ist, während der Zeit, für welche die Aberkennung der bER. erfolgt ist. Obschon also die Gültigkeit der Urk. von der Zuziehung der Zeugen abhängt, bewirkt dennoch die Zuziehung unfähiger Zeugen i. S. der Nr. 5 des § 34 StGB. nicht Ungültigkeit; darin liegt eine Abänderung dieser Vorschrift.

Anders steht es hinsichtlich der Zeugen, die nach BGB. § 1318 bzw. G. btr. die Eheschließung von Bundesangehörigen im Auslande v. 4. Mai 1870 (Fassung nach Art. 40 EGBGB.) § 7a bei der Eheschließung zugezogen werden sollen, da die Gültigkeit des Eheschließungsaktes von ihrer Zuziehung überhaupt nicht bedingt ist; nach Abs. 2 des § 1318 bzw. nach Abs. 2 des § 7a sollen die nicht im Besitze der bER. Befindlichen nicht zugezogen werden.

7) Der Grund der Unf. liegt im Falle der Nr. 6 offenbar in dem Charakter der bezeichneten Stellungen als öffentl. Funktionen; dabei kommen naturgemäß die Stellungen nur insofern in Betracht, als sie auf dem inländ. Rechte beruhen. Die Nr. 6, welche eine neue Fassung erhalten hat (N. 1[3]), und deshalb ihrem ganzen Umfange nach im Sinne des Gesetzgebers des EGBGB. zu verstehen ist (StGN. Art. I N. 3), muß daher jetzt nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts verstanden werden. Deshalb ist zu verstehen:

a. „Vormund" i. S. des BGB. §§ 1773, 1896; wenn aber in den §§ 1781 Nr. 4, 1897 vorgeschrieben wird, daß zum Vormunde nicht bestellt werden „soll", wer der bER. für verlustig erklärt ist, soweit sich nicht „aus den Vorschriften des Strafgesetzbuchs" ein anderes ergibt, so ist solches nach dem jetzt geltenden RStGB. nicht der Fall, wohl aber erscheint auch hier (s. o. N. 6) das StGB. selbst durch die Vorschrift des BGB. abgeändert, weil darnach eine Nichtigkeit der Bestellung eines nicht im Besitze der bER. Befindlichen als Vormund nicht vorliegt, vielmehr nur gegen eine Sollvorschrift verstoßen ist.

b. „Gegenvormund" i. S. des BGB. §§ 1792, 1897.

c. „Pfleger" i. S. des BGB. §§ 1909—1914.

d. „Beistand der Mutter" i. S. des BGB. § 1687 (vgl. u. § 266 N. 4a).

e. „Mitglied eines Familienrats" i. S. des BGB. § 1858.

Digitized by Google

Weshalb auch noch des „Kurators" neben dem „Pfleger" gedacht wird, ist nicht klar. In den Protokollen zum Entw. des BGB. 6 571 heißt es: „Die Aufnahme der Worte „Gegenvormund" (statt bisher „Nebenvormund") und „Pfleger" beruhe auf einer der Terminologie des BGB. entsprechenden „Umnennung bzw. Ergänzung". Danach ist „Pfleger" ergänzend neben „Kurator" gesetzt, letzterer Ausdruck also wohl mit Rücksicht auf die Übergangszeit beibehalten (vgl. jedoch die Fassung des Art. 160 EGBGB.).

§. 35.

Neben einer Gefängnißstrafe, mit welcher die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt hätte verbunden werden können, kann auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter hat den dauernden Verlust der bekleideten Aemter von Rechtswegen zur Folge.

PrStGB. § 25. Entw. I § 30 Abs. 2, II § 32.

1) Die Nebenstrafe (T. I Abschn. 1 N. 3b 2) der „Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter" auf die Zeit von Einem bis zu fünf Jahren (vgl. über die wahre Zeitdauer und den formalen Charakter dieser Bestimmung § 36 N. 3) kennt das StGB. in doppelter Weise, einmal in der generellen des Abs. 1, ferner in den Spezialfällen der §§ 128, 129, 358 (331, 339—341, 352—355, 357). Verschieden davon ist die nach § 319 (315—318) zulässige dauernde Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- o. Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste, endlich auch der T. I Abschn. 1 N. 3b 4 erwähnte Verlust der bekleideten öffentl. Ämter sowie der aus öffentl. Wahlen hervorgegangenen Rechte. Vgl. ferner §§ 31, 33, 34[3].

2) In dem VbER. ist die UnfzB. öffentl. Ämter einbegriffen (vgl. §§ 33, 34[3]), weshalb jene Nebenstr. härter als diese ist.

3) Allgemein kann nach Absatz 1 auf zeitige UnfzB. öffentl. Ämter erkannt werden „neben einer Gefängnisstr., mit welcher die Aberkennung der bER. überhaupt hätte verbunden werden können". Es müssen sonach alle die Bedingungen vorliegen, welche erforderlich sind (vgl. § 32 N. 5, 6), damit neben Gefängnisstr. auf VbbER. erkannt werden kann (so insbs. btr. des Mindestbetrages der Gefängnisstr. v. 3 Mt. RG. I 14. Juni 97 E. 30 159), und ferner muß von der Aberkennung des VbER. Abstand genommen sein, weshalb in den Fällen der §§ 161$_1$, 181, 302d, e (vgl. § 32 N. 3) die Nebenstr. des § 35 niemals ausgesprochen werden kann. Neben einer Zuchthausstr. darf niemals auf UnfzB. öffentl. Ämter erkannt werden, auch dann nicht, wenn sie eine Gesamtstr. (§ 74) ist, und bezüglich einer der Einzelstr. die Aberkennung der Fähigkeit statthaft gewesen wäre; RG. III 13. Juni 02 E. 49 277. Der Richter darf nur dann auf UnfzB. öffentl. Ämter erkennen, wenn er im einzelnen Falle den Verlust sämtlicher bER., obgleich er verhängt werden darf, nicht für gerechtfertigt erachtet; demnach ist es z. B. unzulässig, VbER. auf 1 J. und UnfzB. öffentl. Ämter auf fernere 4 J. auszusprechen; RG. IV 12. Dez. 90 E. 21 264. Namentl. darf auch nicht gegen einen Beamten neben dem VbER. auf UnfzB. öffentl. Ämter erkannt werden, was außerdem angesichts der §§ 33, 34[4] überflüssig sein würde; Berlin 18. Feb. 74 O. 15 86.

4) Die Motive heben richtig hervor, daß die „Bestimmung in der Regel ihre Wirksamkeit auf Beamte finden" werde. Indessen ist ihre Anwendung auch gegen Nichtbeamte keineswegs ausgeschlossen, schon deshalb nicht, weil Ämter häufig auch durch Nichtbeamte verwaltet werden (§ 31 N. 7, 10); besonders aber kommt sie gegen Amtsbewerber zur Anwendung.

5) Wird gegen eine Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung auf UnfzB. öffentl. Ämter erkannt, so treten nach MStGB. § 42 gegen ihn diejenigen milit. Ehrenstr., auf welche bei einer solchen Verurteilung nach MStGB. §§ 30—40 erkannt werden muß, von Rechts wegen ein. Die in Betracht kommenden milit. Ehrenstr., auf

Digitized by Google

welche sonst erkannt werden muß, sind aber nach MStGB. § 34[1] bei Offizieren Dienstentlassung, bzw. nach § 36 bei pensionierten Offizieren Verlust des etwa zustehenden Rechtes zum Tragen der Offiziersuniform, sowie nach § 40[3] bei Unteroffizieren Degradation. Hiernach hat die UnfzV. öffentl. Ämter auf das milit. Dienstverhältnis der beurlaubten Gemeinen keinen Einfluß.

6) Die in Abs. 1 allgemein behandelte Nebenstr. ist auch beim Versuch sowie bei der Anstiftung und Beihilfe zulässig; vgl. §§ 45 N. 4_2, 48_2 N. 31, 49_2 N. 26.

Unzulässig ist die Nebenstr. gegen nicht voll Strafmündige; § 57^5.

7) Während die Vorschrift des Abs. 1 auf die Sonderfälle, in denen UnfzV. öffentl. Ämter angedroht ist, keine Anwendung findet, derartig, daß in diesen auf die Nebenstr. namentl. auch dann erkannt werden kann, wenn die Gefängnisstr. die Dauer von drei Mt. nicht erreicht (so die GM., insbs. Berlin 15. Feb. 77 St. 7 203), bezieht Absatz 2 sich allgemein auf alle Fälle, in denen die UnfzV. öffentl. Ämter ausgesprochen werden kann; vgl. des näheren Kommentar 5. Aufl. diese N.

Keinen Bezug hat dagegen Abs. 2 auf die Nebenstr. des § 319 (s. o. N. 1), mit welcher der dauernde Verlust der bekleideten Dienststellung notwendig eintritt, da die Unf. selbst eine dauernde ist.

§. 36.

Die Wirkung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt, sowie der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter insbesondere, tritt mit der Rechtskraft des Urtheils ein; die Zeitdauer wird von dem Tage berechnet, an dem die Freiheitsstrafe, neben welcher jene Aberkennung ausgesprochen wurde, verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

PrStGB. §§ 21 Abs. 3, 25. Entw. I §§ 25 Abs. 3, 30 Abs. 4, II § 33.

1) Vgl. § 33 N. 1—4, insbs. N. 4.

2) Die in § 35 N. 1 hervorgehobenen Ehrenstr. sind zwar keine von Rechts wegen eintretenden Folgen einer Verurteilung, dennoch aber bedürfen sie ihrer Natur nach keiner Vollstreckung, sondern treten mit der Rechtskraft des Urteils (§ 30 N. 2) von selbst ein; darüber, welche Folgen die Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Strafurteiles, welches die fraglichen Ehrenstrafen verhängte, habe, vgl. RG. IV StS. 3. Nov. 98 E. StS. 42 281 sowie Löwe-H. StPO. § 413 N. 4a. Nur uneigentlich kann man insofern von einer Vollstreckung sprechen, als die Orden und Ehrenzeichen, bsgl. die etwaigen Amtszeichen bzw. Amtsakten dem Interdizierten abgenommen werden müssen; der Verlust des Amtes selbst sowie der Orden und Ehrenzeichen ist rechtlich von selbst mit der Rechtskraft eingetreten. Wie es deshalb einer Bestimmung hinsichtlich des Beginnes der übrigen im § 35 N. 1 aufgeführten Nebenstr. nicht bedarf und das Schweigen des StGB. darüber nicht etwa auf einem Redaktionsfehler beruht, so ist auch der erste Satz des § 36 hinsichtlich der Nebenstr. des BbER. und der UnfzV. öffentl. Ämter an sich selbstverständlich; Rubo N. 1, 4. Es ist deshalb auch nicht hinsichtlich des ersten, sondern nur hinsichtlich des zweiten S. des § 36 von praktischer Bedeutung, wenn nach dem zu § 35 N. 7 Gesagten und mit Rücksicht darauf, daß der Inhalt des § 36, soweit er auf die UnfzV. öffentl. Ämter sich bezieht, im Entw. I zusammen mit dem Inhalte des $§ 35_2$ den Abs. 4 des § 30 bildete, anzunehmen ist, daß § 36, wie $§ 35_2$, die Nebenstr. der UnfzV. öffentl. Ämter ganz allgemein im Sinne hat, also auch die in den Spezialfällen angedrohte umfaßt.

3) Zweck des an sich selbstverständlichen Inhaltes des § 36 S. 1 ist, wie Rubo N. 1 richtig hervorhebt, lediglich in Verbindung mit dem zweiten Satz „den in $§ 32_2$ und $§ 35_1$ enthaltenen strafprozessualen Formalvorschriften einen sachlichen Inhalt zu geben". In Wahrheit dauert der BbER. bzw. die UnfzV. öffentl. Ämter regelmäßig länger als die im Urteile angegebene Zeit und nur ausnahmsweise fällt die wirkliche Zeitdauer mit dieser zusammen, so im Falle des § 37 sowie wenn im Falle der §§ 7 (das. N. 5) u. 60 (das. N. 13) die erkannte Strafe durch die in Anrechnung zu bringende als völlig getilgt angesehen wird.

Digitized by Google

4) Die im Urteil ausgesprochene Zeitdauer beginnt zu laufen „von dem Tage", an dem die Hauptstr. verbüßt rc. ist, also nicht „mit dem Tage", wie im Falle der §§ 61 u. 67_4. Hiernach kommt der Tag, an dem die Strafe verbüßt wird, bei der Berechnung nicht mit in Betracht; ist die Verbüßung z. B. im Laufe des 30. Apr. 1878 eingetreten, so beginnt die Dauer des einjährigen VbER. am 1. Mai 1878 und endigt mit dem letzten Moment des 30. Apr. 1879; das Ende ist nicht etwa schon mit dem ersten Moment des 30. Apr. eingetreten, da die bürgerliche Berechnungsart im Strafr. nicht stattfindet (§ 19 N. 2_1), falls sie nicht im Gesetze ihre ausdrückliche Rechtfertigung findet (vgl. § 61 N. 29_1); so: Geyer 1 166, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 8; aM. Rubo N. 7.

5) Maßgebend für die Berechnung ist nur diejenige Freiheitsstr., neben der die Aberkennung ausgesprochen wurde, also immer nur die prinzipale Freiheitsstr., niemals die, welche an Stelle einer nicht beizutreibenden Geldstr. getreten ist (§ 28), da auf die Nebenstr. neben einer Geldstr. nicht erkannt werden kann (§ 32); so die GM.

6) Was die „Verbüßung" der Freiheitsstr. betrifft, so gilt bei der vorl. Entlfsg. der Ablauf der festgesetzten Strafzeit als der Zeitpunkt der Verbüßung; § 26 N. 1. Wenn in den Fällen der §§ 7 u. 60 die erkannte Strafe durch die Anrechnung der im Ausl. vollzogenen Strafe bzw. der Untersuchungsh. vollständig für getilgt erachtet wird, so muß die Zeitdauer vom Tage der Rechtskraft des Urteils berechnet werden, weil erst von da ab die erkannte Strafe als verbüßt gilt. Auf den Fall des § 37 findet § 36 deshalb keine Anwendung, weil dort die Ehrenstr. ausnahmsweise nicht neben einer Freiheitsstr. ausgesprochen wird; die Zeitdauer ist da vom Tage der Rechtskraft des Urteils zu berechnen; § 37 N. 9.

7) Die „Verjährung" der Vollstreckung der erkannten Hauptstr. bedingt keine Verjährung der einer Vollstreckung nicht bedürfenden Nebenstr. (§ 70 N. 5c); nur mittelbar wird diese durch die Verjährung der Hauptstr. in der aus § 36 erhellenden Weise beeinflußt, indem deren Zeitdauer von dem Tage der vollendeten Verjährung berechnet wird.

8) Der Erlaß der Hauptstr. bedingt nicht den Erlaß der Nebenstr., schon deshalb nicht, weil der Erlaß einer strengen Auslegung unterliegen würde. Dazu kommt, daß ein vollständiger Erlaß der in Rede stehenden Nebenstr. der Natur der Sache nach nicht möglich ist, deshalb nämlich nicht, weil der Erlaß erst nach der Rechtskraft des Urteils erfolgen kann, mit der Rechtskraft aber von selbst (s. o. N. 2) die Wirkungen eintreten. Insoweit diese dauernde sind, wie der Verlust der öffentl. Ämter, Würden, Titel, Orden u. Ehrenzeichen sowie der aus öffentl. Wahlen hervorgegangenen Rechte, kann der einmal eingetretene Verlust im Wege der Gnade rechtlich nicht mehr rückgängig gemacht werden, wenn auch eine Wiedereinsetzung zum Teil möglich ist. Ein Erlaß kann nur eintreten hinsichtlich der Zeitdauer, während welcher der VbER. oder die UnfzB. öffentl. Ämter andauert, und die zeitlich beschränkten Wirkungen können abgekürzt werden, so daß also z. B. der Wiedererwerb öffentl. Ämter vor Ablauf der im Urteil gesetzten Zeitdauer statthaft wird; Rubo N. 6.

Eine Strafe ist übrigens erst als „an dem Tage erlassen" anzusehen, an welchem der nicht erlassene Teil der Strafe verbüßt ist; das Datum des Gnadenaktes ist also nicht entscheidend; dies selbst dann nicht, wenn durch ihn der Rest der Strafzeit ohne genauere Bestimmung des Zeitpunktes erlassen wurde, da hier der „Erlaß" erst mit der Vollziehung des Gnadenaktes, der tatsächlichen Entlassung aus der Strafhaft, eintritt; Darmstadt 27. Aug. 77 G. 25 464, Oppenh.-D. N. 3a.

9) Wenn auf Grund verschiedener selbständiger Urteile mehrere der in Rede stehenden Nebenstr. erkannt sind, so ist die Zeitdauer einer jeden für sich zu berechnen; die Strafen laufen daher möglicherweise nebeneinander her, und ist deshalb, soweit sie sich decken, das Resultat dem gleich, als ob nur einmal auf die Nebenstr. erkannt wäre (§ 32 N. 11); Hälschner 1 612, Oppenh.-D. N. 5.

Über die Verhängung der Nebenstr. im Falle einer Realkonk. vgl. §§ 76, 79.

§. 37.

Ist ein Deutscher im Auslande wegen eines Verbrechens oder Vergehens bestraft worden, welches nach den Gesetzen des Deutschen Reichs den Verlust

Digitized by Google

der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlicher Ehrenrechte zur Folge hat oder zur Folge haben kann, so ist ein neues Strafverfahren zulässig, um gegen den in diesem Verfahren für schuldig Erklärten auf jene Folge zu erkennen.

PrStGB. § 24. Entw. I § 29, II § 35.

1) § 37 gibt, worüber kein Zweifel herrschen kann, eine Ausnahmevorschrift.

Wenn nun als Voraussetzung des einzuleitenden „neuen Strafverfahrens" hingestellt wird, „die Bestrafung eines D. im Ausl. wegen V. o. V.", die eine gewisse Straffolge nach sich ziehen können, so ist mit der GM. die Anwendbarkeit des § 37 auf den Fall zu beschränken, wo im übrigen eine Verfolgung im Inlande ausgeschlossen ist.

Hiernach findet § 37 im Falle nur teilweisen Vollzuges der Strafe im Ausl. nicht Anwendung (aM. jedoch Binding Hb. 1 448), weil in diesem Falle der Verfolgung im Inl. nichts entgegensteht (§ 5 N. 4b), es sei denn, daß der besondere in N. 6 letzt. Abs. zu § 5 hervorgehobene Fall vorläge.

2) Es fragt sich weiter, in welchem Umfange der § 37 eine Ausnahme begründet. Er ist nicht nur eine Ausnahme von dem im § 4_1 ausgesprochenen Grundprinzip, sondern, wie aus dem in N. 1 Bemerkten mit Notwendigkeit folgt, speziell eine Ausnahme der in § 5 aufgestellten Ausnahme von der Regel des § 4^3 (die freilich selbst wieder Ausnahme von der Hauptregel ist; vgl. § 4 N. 1).

Von den Nummern des § 5 scheidet von vornherein die Nr. 3 aus, weil bei deren Vorliegen eine „Bestrafung im Ausl." nicht erfolgt sein kann. Aus demselben Grunde scheidet aus der Nr. 1 der Fall einer „erfolgten Freisprechung", aus der Nr. 2 derjenige einer „Verjährung der Strafverfolgung" aus. Die Frage spitzt sich deshalb dahin zu, ob § 37 eine Ausnahme sowohl für den Fall der „Vollziehung einer von Gerichten des Ausl. ausgesprochenen Strafe" (§ 5^1) als auch für die Fälle „einer nach den Gesetzen des Ausl. eingetretenen Verjährung der Strafvollstreckung" bzw. eines „Erlasses der Strafe" (§ 5^2), oder nur für einen oder einzelne dieser Fälle aufstelle. Die Entscheidung der so begrenzten Frage hängt von der Bedeutung des Wortes „bestraft" im § 37 ab.

Was unter „Bestrafung" zu verstehen sei, erklärt das StGB. nicht. Daß der Ausdruck, soweit er in den Strafandrohungen, und zwar hier vorwiegend mit den Worten „ist ... zu bestrafen", gebraucht ist, im Gegensatze zu dem seltneren „ist ... zu erkennen", wesentlich auch die Vollziehung der erkannten Strafe im Auge hat, kann einem Bedenken nicht unterliegen. Auch ist es unstreitig, daß § 244 (und folgeweise die ihm nachgebildeten Bestimmungen über den Rückfall) unter „Bestrafung" die Verurteilung zu Strafe in Verbindung mit deren Vollziehung versteht; ein gleiches trifft für den § 257 zu. Dennoch würde es unrichtig sein, mit RG. IV 9. Apr. 86 N. 8 275 anzunehmen, daß „bestraft" im § 37 in derselben Bedeutung gebraucht sei. Dem § 37 liegt offenbar der Gedanke zugrunde, daß eine im Ausl. erfolgte Verurteilung dann mit Rücksicht auf die inl. Interessen an der Strafrechtspflege unzulänglich sei, wenn das abgeurteilte V. o. V. nach dem Strafgef. des DR. den Verlust aller o. einzelner bER. zur Folge hat oder haben kann. Deshalb wird eine Möglichkeit zur Ergänzung des ergangenen Urteils des ausl. Gerichtes gegeben und bezeichnen demgemäß die Worte „im Ausl. .... bestraft" nur den Fall einer im Ausl. erfolgten Verurteilung; v. Bar Lehrbuch S. 262. Hieraus ergibt sich wiederum die Folgerung, daß die Ausnahme des § 37 auf die oben hervorgehobenen Fälle sowohl der Nr. 1 als auch der Nr. 2 des § 5 sich bezieht; erachtet der Gesetzgeber einmal die Ehrenfolgen für so bedeutungsvoll, daß mit Rücksicht auf sie ein neues Strafverfahren für zulässig erklärt wird, so kann er konsequent auch weder der nach ausl. Recht eingetretenen Verjährung, noch dem vom ausl. Staatsoberhaupt verfügten Straferlaß einen Einfluß bezüglich der nach inl. Recht zu beurteilenden Ehrenfolgen einräumen. So: Finger 1 486, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1. AM. Hälschner 1 169, der eine Verfolgung im S. des § 37 durch Verjährung oder Begnadigung im Ausl. für ausgeschlossen erachtet, während Binding Hb. 1 448 dies nur für den Fall „voller Begnadigung" tut.

Digitized by Google

3) Wenn § 37 voraussetzt, daß „ein Deutscher im Auslande (§ 8) wegen eines V. o. V. bestraft worden", so ist zunächst der Ausdruck „Deutscher" in dem § 4 N. 7 erläuterten S. zu verstehen; vgl. jedoch Binding Hb. I 448, der, mit Rücksicht auf die Verbr. deutscher, jedoch nicht naturalisierter, Beamten, sowie nichtdeutscher Angehörigen einer D. Schiffsmannschaft, „Deutscher" nicht im strengen S. der Nationalität auffaßt.

Im weiteren ergibt der Zusammenhang des § 37 mit § 5 und ferner mit § 4[3], daß der Täter z. B. der Begehung des V. o. V. „Deutscher" gewesen sein muß (§ 4 N. 8); so: Binding Hb. I 447, Frank N. II; aM.: Berner S. 246, v. Bar Lehrbuch S. 261.

Das Gesetz spricht aber von einer „Bestrafung eines D. im Ausl."; mit Rücksicht auf die ausdrückliche Aufstellung dieses Erfordernisses muß man nun in Verbindung mit dem N. 2[3] über die Bedeutung des „bestraft" Ausgeführten dafür erachten, daß § 37 die Eigenschaft als „Deutscher" auch für die Zeit der Verurteilung erfordere; es erscheint mit dem Wortlaut des § 37 unvereinbar, von dieser Voraussetzung abzusehen, und der Fall hier liegt anders wie für § 4[3]. So: Finger I 486, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 2 (unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte), Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze S. 91. AM. Binding Hb. I 448.

Muß aber die Eigenschaft als „Deutscher" gerade z. B. der Bestrafung vorhanden sein, so erhellt daraus die Unanwendbarkeit des § 37, falls etwa die Bestrafung eines Ausländers erfolgte, welcher erst später die Eigenschaft eines D. erlangt hat. So die o. Abs. 3 Zitierten; Binding stellt den entsprechenden Satz für die Zeit der Begehung auf (s. o. Abs. 2), wo er gleichfalls seine Berechtigung hat, derartig daß § 37 unanwendbar ist, wenn der Verurteilte, sei es z. B. der Tat, sei es z. B. der Verurteilung, nicht D. war, mag er es auch, in jenem Falle selbst noch vor der Verurteilung, geworden sein. AM. Berner S. 246, nur das sei die Frage, ob der Täter sich unwürdig gemacht habe, jetzt als D. die bER. auszuüben.

4) Die Bestrafung des Deutschen im Ausl. in dem N. 2 u. 3 erläuterten S. muß erfolgt sein „wegen eines Verbr. o. Verg., welches nach den Gesetzen des DR. den VbER. überhaupt oder einzelner bER. zur Folge hat oder zur Folge haben kann".

a) Zunächst wird also erfordert Bestrafung „wegen eines V. o. V.", d. h. wegen einer strafb. Hdlg., die nach StGB. § 1 als V. o. V. sich charakterisiert; denn unmöglich können jene Bezeichnungen in dem verschiedenartigen S. der ausl. Strafgesetzgbgen verstanden werden.

b) Demnächst ist erforderlich, daß das im Ausl. bestrafte V. o. V. obligatorisch oder fakultativ mit dem Verluste aller oder einzelner bER. (N. 5) verknüpft sei, jedoch nicht schlechtweg, sondern nur „nach den Gesetzen des DR." (§ 3 N. 17); danach findet § 37 keine Anwendung, wenn nach Landesgesetz auf Grund der durch EG. § 5 (das. N. 4b) gewährten Befugnis die „Entziehung öffentl. Ämter", d. h. der Verlust der bekleideten Ämter, eintreten muß oder kann; so: Binding Hb. I 447, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 7; aM. Rüd.-St. N. 6. Die Landesgesetzgbg. kann jedoch die Bestimmung des § 37 aufnehmen (vgl. § 4 N. 2); Binding Hb. aO.

5) Das btr. V. o. V. muß die N. 4b bezeichnete Folge haben oder haben können, sei es, daß diese von Rechts wegen eintritt (§ 31) oder daß auf sie ausdrücklich als Nebenstr. erkannt werden muß (§§ 161, 181) oder darf. Insofern muß bzw. kann der Verlust einzelner bER. eintreten im Falle:

a. der Verurteilung zur Zuchthausstr. (§ 31),

b. der Aberkennung der Fähigkeit z. B. öffentl. Ämter, sowohl generell nach § 35 als speziell nach §§ 128, 129 und 358,

c. der Verurteilung zum V. d. bekl. öffentl. Ämter und der aus öffentl. Wahlen hervorgegangenen Rechte; §§ 81, 83, 84, 87—91, 94 u. 95.

Alle diese Rechte gehören nach den §§ 33, 34 zu der Gesamtheit der bER. und sind diese beiden §§. als maßgebend darüber anzusehen, ob eine Strafe Ehrenstr. sei oder nicht (§ 32 N. 1). Deshalb kann die Aberkennung der Fähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- o. Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste nicht als Verlust eines einzelnen bER. angesehen werden (§ 319), weil diese Strafe weder ihrem Wesen nach,

Digitized by Google

noch gemäß § 34[3] den Verlust eines solchen bedeutet; denn nur die Unf., „öffentl. Ämter" überhaupt zu bekleiden, berührt die Ehre, nicht aber die Unf. zur Bekleidung von Ämtern einer bestimmten technischen Branche; Finger 1 488, Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 12. Ebensowenig gehört (nach den Motiven zu Entw. II §§ 30, 31) die Fähigkeit, als Zeuge o. Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu den bER.; diese Nebenstr. ist im Falle des § 161 nur im „Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit" ausgesprochen. So Finger, Oppenh.-D. aO. AM. btr. des § 161 Binding Hb. 1 449.

Die Notwendigkeit oder Statthaftigkeit dieser und anderer Nebenstr., welche als Ehrenstrafen i. S. des StGB. anzusehen sind, wie namentl. auch die JulvPolAuff. (§ 38 N. 6) berechtigt nicht zur Einleitung des neuen Strafverfahrens; v. Schwarze S. 90, Fuhr PolAuff. S. 36.

6) Für den Fall des Vorliegens der N. 1—5 bezeichneten Voraussetzungen ist ein neues Strafverfahren zulässig, aber nicht geboten; vgl. § 41 N. 6. Die Zulassung einer Ausnahme von der allg. prozessualen Regel „ne bis in idem" ist, nach den Motiven, durch die Gleichstellung der im Ausl. mit den im Inl. abgeurteilten Inländern bedingt.

7) Das neue Strafverfahren findet nur zu dem Zwecke statt, um ev. „auf jene Folgen zu erkennen", weshalb es gemäß § 57[5] gegen Personen, welche z. Z. der Tat unter 18 J. alt waren, unstatthaft ist; Binding Hb. 1 448, Rubo N. 14. Auf andere Folgen darf also nicht erkannt werden, namentl. nicht auf andere Ehrenstr. als VbER. überhaupt oder einzelner bER.; Oppenh.-D. N. 12, v. Schwarze S. 90. Im besondern darf deshalb weder auf Jul. vPolAuff. noch auf Unf. zum eidlichen Zeugnis (§ 161) erkannt werden, auch nicht, wenn in dem neuen Verfahren auf VbER. erkannt werden muß; soweit nämlich die betreffende strafb. Hdlg. den VbER. oder einzelner bER. zur Folge hat, muß auch in dem neuen Strafverfahren darauf erkannt werden, während da, wo die Hdlg. nur jene Folge haben kann, freisteht, ob dieselbe zu verhängen sei oder nicht.

Ausnahmsweise wird in dem neuen Verfahren auch auf den Verlust derjenigen bER. erkannt, die sonst von Rechts wegen eintretende Folgen der Verurteilung zur Zuchthausstr. sind; § 31 N. 4. Wo aber auf die sonst sog. Nebenstrafen erkannt wird, erscheinen sie ausnahmsweise als selbständige Strafen; T. I Abschn. 1 N. 3.

8) Die Ehrenstr. können nur erkannt werden „gegen den in diesem Verfahren für schuldig Erklärten". Der Richter hat also die Schuldfrage völlig unabhängig von der im Ausl. erfolgten Verurteilung zu lösen; so die GM. Er muß aber alsdann, wenn die strafb. Hdlg. nicht unbedingt mit einer Strafe bedroht ist, neben welcher die fr. Ehrenstr. erkannt werden können oder müssen, auch insoweit über die Hauptstr., welche er selbst ev. verhängt haben würde, sich schlüssig machen, als dies zur Entscheidung, ob die Nebenstr. verhängt werden darf, notwendig ist, d. h. er muß in diesem Falle aussprechen, daß er entweder auf Todesstr. oder auf Zuchth. oder auf Gef. nicht unter drei Mt. erkannt haben würde (§ 32[1]); Binding Hb. 1 449.

9) Das im neuen Strafverfahren ergangene Urteil äußert seine Wirkungen bezüglich des Eintritts des erkannten Verlustes mit der Rechtskraft; § 36 kann keine Anwendung finden, da dessen Voraussetzung, daß die Aberkennung neben einer Freiheitsstr. ausgesprochen sei, nicht zutrifft; denn neben der im Ausl. erkannten Strafe (die möglicherweise nicht einmal eine Hauptstr.), ist die Aberkennung keineswegs eingetreten; kann aber dieser Zeitpunkt, der sogar meist vor der Aberkennung liegt, nicht maßgebend sein, so bleibt nur der Tag der Rechtskraft des die bER. aberkennenden Urteils; so: Oppenh.-D. N. 13, Rubo N. 12, Rüd.-St. N. 7; aM. v. Schwarze S. 91 h, die Wirkungen träten mit der Verbüßung der Strafe ein. Ausnahmsweise stimmt deshalb die im Urteile ausgesprochene Dauer des VbER. bzw. UnfzB. öffentl. Ämter mit der wirklichen Dauer des Verlustes überein; § 32 N. 10.

10) Darüber, ob die im „neuen Strafverfahren" ausgesprochene Aberkennung der bER. überhaupt oder einzelner derselben i. V. mit ihrer vom Tage der Rechtskraft von selbst, ohne weitere Vollstreckung eintretenden Wirkung als eine Bestrafung i. S. des § 244 anzusehen sei, vgl. das. N. 6.

Digitized by Google

11) Durch die nach § 67 eingetretene Verjährung der Strafverfolgung wird die Einleitung eines neuen Strafverfahrens ausgeschlossen; Binding Hb. 1 448. Die im Ausl. erfolgte Bestrafung ist kein Unterbrechungsgrund der Verjährung; § 68 N. 2_2.

12) Das „neue Strafverfahren" findet nach dem inl. Strafprozeßr., also nach der StPO. statt; die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach dem vorliegenden Verbr. in Gemäßheit der Bestimmungen des GVG.; die Schuldfrage wird nach den allg. Regeln vom Richter der Schuldfrage beantwortet; Binding Hb. 1 488, Rüd.-St. N. 3.

13) Eine analoge Bestimmung enthält MStGB. § 42_2 insofern als, wenn eine Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung wegen einer strafb. Hdlg. der im § 37^2 das. bezeichneten Art verurteilt ist, ein besonderes Verfahren des Militärgerichts zur Entscheidung darüber stattfinden kann, ob auf Dienstentlassung oder auf Degradation zu erkennen ist.

§. 38.

Neben einer Freiheitsstrafe kann in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen auf die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Die höhere Landespolizeibehörde erhält durch ein solches Erkenntniß die Befugniß, nach Anhörung der Gefängnißverwaltung den Verurtheilten auf die Zeit von höchstens fünf Jahren unter Polizei-Aufsicht zu stellen.

Diese Zeit wird von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

PrStGB. § 26. Entw. I § 33, II § 36. StB. S. 217 f., 1147. Anhang III d. Motive: Die Polizei-Aufsicht.

Zu § 38 Abs. 1. N. 1—7.

1) Trotzdem die Polizei-Aufsicht, wie Anh. III d. Motive S. 102 hervorhebt, ihrem Zwecke nach ein für bestimmte Kategorieen besonders gemeingefährlicher Verbrecher beibehaltenes Präventivmittel ist, und trotzdem die Stellung unter PolAufs. selbst von der höheren Landespolizeibehörde ausgeht, ist der Ausspruch der „Zulässigkeit v. Pol.-Aufs." als eine Strafe anzusehen; denn die durch richterliches Urteil erfolgte Statuierung der möglichen Freiheitsbeschränkung ist an sich schon ein Strafübel. So die überwiegende M., insbs. RG. I 22. Dez. 87 E. 17 193 (gelegentlich). AM.: Beling Grundzüge S. 81 u. KrVJSchr. 41 90, Binding Hb. 1 873 u. Grundr. S. 217, Geyer 1 158, Frank N. 1, ferner Fuhr PolAufs. S. 95 ff., der namentl. auch dagegen sich wendet, daß schon die Zulässigkeitserklärung eine Strafe sein solle, als welche höchstens die Stellung unter PolAufs. angesehen werden könne (in seiner Strafrechtspflege und Sozialpolitik — Berlin 1892 — S. 240 erkennt er jedoch den Strafcharakter an).

Die ZulvPolAufs. ist ferner eine Nebenstrafe und zwar einerseits im Gegensatz zu den Hauptstr., da sie nur neben einer Freiheitsstr. ausgesprochen werden darf, andererseits im Gegensatz zu den von Rechts wegen eintretenden Folgen einer Strafe, da auf sie, wie hervorgehoben, zu erkennen ist (vgl. N. 3).

Aus dem Strafcharakter der ZulvPolAufs. folgt die Möglichkeit einer Begnadigung btr. dieser Nebenstr.; aM. Binding aO. Andererseits aber fällt die Nebenstr. nur weg, wenn sie vom Gnadenerlasse mit betroffen ist.

2) Die ZulvPolAufs. darf nach EG. § 5 (das. N. 2) in den nach Geltung des StGB. erlassenen landesgesetzl. Vorschriften nicht angedroht werden, während sie in Geltung geblieben ist, soweit sie in nicht aufgehobenen besonderen Landesgesetzen angedroht war.

3) Da in Reichsstrafgesetzen außerhalb des StGB. selbst ZulvPolAufs. bis jetzt lediglich in der SeemannsO. § 105_2, im NahrungsmittelG. § 13_2, SprengstoffG. § 11 u. SpionageG. v. 3. Juli 1893 § 6 angedroht ist, so kann außer in diesen Fällen die Strafe z. B. nur noch in folgenden im StGB. selbst vorgesehenen Fällen erkannt werden: §§ 49 a, 115_2 (116_2), 122_2, 125, 146, 147, 180, 181, 181 a, 184, 248, 256, 262, 294 u. 325. In den Fällen der §§ 115_2, (116_2), 125, 146 f., 248, 256 u. 325 kann dies jedoch nur dann geschehen, wenn nicht wegen mild. Umst. Gefängnisstr. festgesetzt wurde; Berlin 6. Juni

Digitized by Google

73 O. 14 btr. § 256. Wenn aber aus anderen Gründen (Abs. 2) statt der Zuchthausstr. auf Gef. zu erkennen ist, so ist (abgesehen vom Falle des § 57[5]) die Nebenstrafe nicht ausgeschlossen.

Hinsichtlich des Versuchs eines mit dem Tode o. lebensl. Zuchth. bedrohten Verbr. ist eine Sonderbestimmung im § 44[2] getroffen, während die allg. Vorschrift im § 45 enthalten ist. Nach letzterer kann namentl. auch dann auf ZulvPolAuff. erkannt werden, wenn die an sich verwirkte Zuchthausstr. gemäß § 44[4] in Gefängnis umzuwandeln ist.

Wegen Anstiftung und Beihilfe vgl. §§ 48[2], 49[2].

Unzulässig ist die Nebenstr. gegen nicht voll Strafmündige; § 57[5].

4) Entsprechend der allg. Bestimmung des Abs. 1, wonach die Verhängung der Nebenstr. fakultativ ist, findet sich in den einzelnen Strafsanktionen die Wendung: „es kann auf ZulvPolAuff. erkannt werden". Abweichend ist allein die auf einem Redaktionsfehler beruhende Ausdrucksweise im § 146 (147) „auch ist PolAuff. zulässig", wobei zwar auch das fakultative hervortritt, jedoch nicht die Notwendigkeit, daß auf sie erkannt werden muß; diese liegt jedoch auch hier nach § 38[1] vor; Oppenh.-D. § 146 N. 14, Rubo § 146 N. 14, Rüd.-St. § 146 N. 7, Fuhr PolAuff. S. 35.

5) Die Nebenstr. der ZulvPolAuff. ist regelmäßig neben — zeitiger o. lebenslänglicher — Zuchthausstr. und nur in den Fällen der §§ 49a, 180, 181a, 184, 262 u. 294 neben Gefängnis angedroht. Da in keinem dieser Fälle neben der Freiheitsstr. alternativ eine andere Hauptstr. angedroht ist, so gewinnt der Eingang des Abs. 1 „Neben einer Freiheitsstr." erst für nach Inkrafttreten des StGB. erlassene (N. 3) oder noch zu erlassende Reichsges., in denen ZulvPolAuff. angedroht werden sollte, Bedeutung; Rubo N. 7, Fuhr PolAuff. S. 35. Dies gilt namentl. für § 6 des SpionageG., während die §§ 5[2], 11 des SprengstoffG. in Übereinstimmung mit dem StGB. zu verstehen sind.

Übrigens bedeuten die Worte „Neben einer Freiheitsstr." nur, daß auf eine solche erkannt sein müsse; ob die Strafe durch Anrechnung (§§ 7 N. 5, 60 N. 13) gänzlich für verbüßt erachtet wird, ist gleichgültig; Rüd.-St. N. 3, Fuhr PolAuff. S. 35.

6) Da die ZulvPolAuff., wo sie gestattet ist, von anderen Bedingungen nicht abhängt, so ist es möglich, daß, wenn in den Fällen der §§ 49a, 180, 181a, 184 u. 262 die erkannte Gefängnisstr. 3 Mt. nicht erreicht, zwar auf ZulvPolAuff., nicht aber auf VbER. erkannt werden darf; RG. I 28. Juni 80 N. 2 132, Rüd.-St. N. 3, Fuhr PolAuff. S. 35. Darüber, daß die ZulvPolAuff. keine Ehrenstr., sowie darüber, daß deshalb zur Herbeiführung dieser Nebenstr. ein neues Strafverfahren nicht zulässig, vgl. § 37 N. 5.

7) Bestritten ist, ob im Falle der Begnadigung von einer Strafe, neben welcher nicht auf ZulvPolAuff. erkannt war, diese Nebenstr. auferlegt werden könne. Der richtigen Meinung nach wird diese Frage zu verneinen sein. Vgl. das Nähere Kommentar 5. Aufl. diese N.

Zu § 38 Absatz 2. N. 8—11.

8) Der im Anschluß an GewerbeO. § 27 gewählte Ausdruck „höhere Landespolizeibehörde" bezeichnet hier (wie im § 39) nur die der Ortspolizeibehörde vorgesetzte Verwaltungsbehörde (StB. S. 1147), also dasselbe wie „Landespolizeibehörde" in den §§ 284[2], 362[2, 3]; Fuhr PolAuff. S. 42.

Das Gesetz deutet durch die Ausdrucksweise: „Die höhere Landespolizeibehörde erhält ꝛc." an, daß die Befugnis zur Stellung unter PolAuff. einer bestimmten Behörde zustehe, ohne jedoch darüber sich auszusprechen, welche Behörde die zuständige sei. Da, wie der Reichskanzler in seinem an den Bundesrat gerichteten Antrage v. 19. März 1872 (Rubo S. 383 A.**) ausführte, bei Verhängung der Maßregel diejenigen Verhältnisse, in welche der Verurteilte an dem nach seiner Entlassung aus dem Gefängnisse gewählten Aufenthaltsorte eintritt, von entscheidendem Gewichte sind, so wird die Zuständigkeit naturgemäß durch den Wohnsitz oder ständigen Aufenthaltsort bestimmt, welchen der Verurteilte nach der Verbüßung ꝛc. der Freiheitsstr. wählt, und zwar muß beim Wechsel der Orte die Zuständigkeit sich ändern; so Frank N. III; aM. Fuhr PolAuff. S. 46, der Wohnort ꝛc. des Observaten z. Z. der Verurteilung sei maßgebend. Hat der Verurteilte, namentl. wenn er ein Ausländer ist, keinen festen Aufenthaltsort, so begründet der jeweilige die Zustän-

Digitized by Google

digkeit, also zunächst derjenige, an dem die Strafe verbüßt ist. Des weiteren vgl. Kommentar 5. Aufl. diese N.

9) Die Befugnis steht lediglich der „höheren LPB." selbst zu; deshalb ist eine Delegation der Befugnis auf die Ortspolbeh. nicht für statthaft zu erachten; so die GM.

10) Die höhere LPB. hat die „Befugnis" (d. h. das Recht; § 123 N. 14), den Verurteilten auf die Zeit von höchstens 5 J. unter PolAufs. zu stellen. Insofern findet eine gewisse Vollstreckung des die Nebenstr. der JulyPolAufs. verhängenden Urteils statt, aber nicht seitens der Justizbehörden, sondern seitens einer Verwaltungsbehörde (N. 1, 8). Während jedoch die im StGB. gegebenen Vorschriften über die Verjährung der Strafvollstreckung auf die JulyPolAufs. sich nicht mit beziehen (§ 70 N. 5c), erlischt der Vorschrift des Abs. 2 entsprechend die Befugnis zur Stellung unter PolAufs. durch einen fünfjährigen Nichtgebrauch seitens der LPB.

Über die Dauer der Stellung unter PolAufs. kann richterliche Entscheidung nicht getroffen werden; demnach würde ein Urteil, welches die Zeitdauer der PolAufs. festsetzte, auf ein ausdrücklich durch Gesetz den Verwaltungsbehörden eingeräumtes Gebiet hinübergreifen und deshalb insoweit, ohne daß es einer Anfechtung durch Rechtsmittel bedürfte, bedeutungslos und einer Rechtskraft i. S. der StPO. nicht fähig sein; Berlin 25. Jan. 76 St. 6 147, Fuhr PolAufs. S. 35.

Der LPB. steht der Abmessung der Dauer der Sellung unter PolAufs. innerhalb eines fünfjährigen Zeitraums gesetzlich völlig frei, mögen über sie auch in den einzelnen Bundesstaaten reglementarische Bestimmungen getroffen sein. Deshalb kann folgeweise (so die GM.) von der getroffenen Anordnung wieder abgegangen und die ursprünglich kürzer bemessene Frist bis auf die Zeit von 5 J. verlängert oder die länger bemessene Frist verkürzt werden; während aber diese letztere Maßregel nur von derjenigen LPB. ausgehen kann, welche die PolAufs. verhängt hat, da keine LPB. befugt ist, die Anordnungen einer ihr koordinierten Verwaltungsbehörde aufzuheben, so muß zur Verlängerung des Zeitraums auch eine LPB. für befugt erachtet werden, welche zwar nicht ursprünglich, aber zur Zeit der Anordnung der Verlängerung nach dem N. 8 Bemerkten zuständig ist. Übrigens erachtet Berner, GS. 33 358, mit Recht dafür, daß die LPB. auch berechtigt sei, die PolAufs. gegen Sicherheitsleistung aufzuheben; aM. Fuhr PolAufs. S. 56 ff.

11) Die LPB. hat die Befugnis zur Stellung unter PolAufs. „nach Anhörung der Gefängnisverwaltung"; doch fällt die Anhörung selbstverständlich dann weg, wenn der Verurteilte infolge Erlasses der ganzen Freiheitsstr. oder Verjährung der Strafvollstreckung die Freiheitsstr. gar nicht angetreten hat; Binding Hb. 1 874, Frank N. III. Hieraus folgt, daß die Anhörung der Gefverwltg. eine wesentliche Förmlichkeit nicht ist; es hängt deshalb von ihr die Wirksamkeit der Stellung unter PolAufs. nicht ab; so: Oppenh.-D. N. 13, Rüd.-St. N. 7; aM.: Hälschner 1 627 N. 2, Frank N. III, Rubo N. 11, Fuhr PolAufs. S. 48. Vgl. übrigens § 361 1, 2.

Welches Organ der Gefverwltg. zu hören sei, bestimmt das Gesetz nicht; der Natur der Sache nach wird es direkt oder indirekt jedenfalls der Vorstand derjenigen Strafanstalt sein müssen, aus welcher der Verurteilte entlassen ist.

Zu § 38 Absatz 3. N. 12, 13.

12) Die Zeitdauer, während welcher die Stellung unter PolAufs. ausgesprochen werden darf, wird, gleichwie die Zeitdauer des VbER., „von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstr. verbüßt, verjährt oder erlassen ist" (§ 36 N. 4), so daß der Tag der Verbüßung 2c. nicht mitzuzählen ist; so Fuhr PolAufs. S. 54; aM. Rubo N. 16. Übrigens ist der Ausdruck „Verjährung der Freiheitsstr." nicht korrekt; vgl. § 66 N. 13. Während aber bei der Aberkennung d. bER. die Wirkungen regelmäßig schon vorher eintreten (§ 36 N. 3), treten diejenigen der PolAufs. niemals früher, sondern stets später ein (vgl. § 39); aM. Frank N. IV in analoger Anwendung des § 36. Es ist dieses dem Präventionszweck der Nebenstr. insofern nicht entsprechend, als der Verurteilte, wenn die Strafvollstreckung aufgeschoben oder unterbrochen wird (vgl. StPO. §§ 487, 488, 493),

Digitized by Google

noch nicht den Wirkungen der PolAuff. unterworfen werden kann; Fuhr aO. S. 55. Ebensowenig i. F. vorläufiger Entlassung nach § 23; aM. Frank aO.

Die Berechnung ist vom Tage der Rechtskraft des Urteils vorzunehmen, falls die Freiheitsstr. gänzlich durch Anrechnung für verbüßt erachtet ist (N. 5_2); Fuhr aO. S. 54.

Im Falle der vorl. Entlassg. (§ 26 N. 1) rechnet die Zeit von dem Tage des Ablaufs der festgesetzten Strafzeit; Fuhr aO. S. 55.

13) Falls nach § 76_2 (das. N. 2) neben einer Gesamtstr. auf ZulPolAuff. erkannt worden, berechnet die Zeitdauer sich von deren Verbüßung, mochte auch auf diese Nebenstr. nur neben einer der Einzelstr., aus denen die Gesamtstr. entstanden, erkannt werden dürfen; Fuhr PolAuff. S. 55.

Dasselbe gilt bei einer nachträglichen Zurückführung mehrerer Strafen auf eine Gesamtstr. in Gemäßheit der StPO. § 492; Fuhr aO.

Wenn jedoch neben mehreren selbständigen Freiheitsstr. je auf ZulvPolAuff. erkannt ist, so berechnet die Zeitdauer der Befugnis sich für jeden Fall selbständig, so daß bei aufeinander folgender Vollstreckung der Freiheitsstr. die Zeitdauer der Befugnis auf Grund des ersten Urteils während der Vollstreckung der Freiheitsstr. auf Grund des zweiten Urteils läuft; Rubo N. 17, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze S. 78, Fuhr aO.

Prozessuales. N. 14.

14) Ein Verurteilter, der zu Unrecht unter PolAuff. gestellt zu sein behauptet, sei es, weil die Gefängnisverwaltung nicht gehört worden, sei es, weil die Freiheitsstr. bereits seit länger als 5 J. verbüßt usw. sei, hat nur eine Beschwerde im Verwaltungswege, während ihm die Herbeiführung einer gerichtl. Entscheidung gemäß StPO. § 490 nicht zusteht, da die Gültigkeit dieser Bestimmung nach ihrer Stellung in der StPO. lediglich auf Fälle zu beschränken ist, wo die Strafvollstreckg. durch die Justizbehörden zu erfolgen hat; so Fuhr PolAuff. S. 92 u. Strafrechtspfl. u. Sozialpolitik S. 227; auch Frank §§ 38 f. N. v mit dem richtigen Hinzufügen, daß bei einer auf den Inhalt des Strafurteils sich stützenden Beschwerde nach StPO. § 490 zu verfahren sei; teilweise anders unterscheidet Rüd.-St. N. 9, während Oppenh.-D. N. 19, Löwe.-H. StPO. § 490 N. 3 u. Bennecke Lehrb. d. Strafprozeßr. (1895) gerichtl. Entscheidung fordern (Bennecke-B. — 1900 — schweigt dagegen).

§. 39.

Die Polizei-Aufsicht hat folgende Wirkungen:

1) dem Verurtheilten kann der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten von der höheren Landespolizeibehörde untersagt werden;
2) die höhere Landespolizeibehörde ist befugt, den Ausländer aus dem Bundesgebiete zu verweisen;
3) Haussuchungen unterliegen keiner Beschränkung hinsichtlich der Zeit, zu welcher sie stattfinden dürfen.

PrStGB. §§ 27—29. Entw. I §§ 34, 35, II § 37. StB. S. 1147.

Zu § 39 Nr. 1. N. 1, 2.

1) Als eine Wirkung der Stellung unter PolAuff. erscheint die Befugnis der höheren LPB. (§ 38 N. 8), dem Verurteilten den Aufenthalt an einzelnen bestimmten „Orten" zu untersagen. Es ist fraglich, wie der hervorgehobene Ausdruck zu verstehen ist. Das PrStGB. § 27 bediente sich desselben Ausdrucks „Untersagg. des Aufenthalts an einzelnen Orten"; die PrPraxis erachtete den Ausdruck gleichbedeutend mit „Ortschaften", so daß angenommen wurde, der Besuch der öffentl. Vergnügungsorte des Wohnortes dürfe nicht untersagt werden; Oppenh. PrStGB. § 27 N. 4. Offenbar im Anschluß an diese Praxis wurde im Entw. I § 31 der ihr entsprechende Ausdruck „Untersagg. des Aufenthalts an einzelnen bestimmten Ortschaften" gewählt, in den Motiven S. 82 aber trotzdem von „Orten" gesprochen. Im Entw. II § 37 findet sich im Anschluß an das PrStGB. der demnächst zum Gesetz erhobene Ausdruck „Orte"; die Motive bzw. deren Anh. III S. 105 konnten nach dem eben

Digitized by Google

Bemerkten beibehalten werden. Die Änderung war nicht blos redaktionell, sondern nach dem Zeugnisse von Rubo N. 3 u. Rüb.-St. N. 1 insofern materiell, als dadurch ausdrücklich die Befugnis eingeräumt werden sollte, den Aufenthalt auch an einzelnen „Orten in einer Ortschaft" zu untersagen, also z. B. an bestimmten Plätzen, Lokalen 2c. Hiernach erteilt das RStGB. trotz seiner gleichen Wortfassung weitergehende Befugnisse als nach Auffassung der PrPraxis das PrStGB. So außer Rubo u. Rüb.: Berner S. 224 u. GS. 33 350, H. Meyer S. 384, Schütze S. 79 N. 4, Frank N. v zu Nr. 1, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 2, Fuhr PolAuff. S. 68.

2) Nach Maßgabe der Nr. 1 darf der Aufenthalt nur an „einzelnen" Orten — somit selbstverständlich auch an mehreren einzelnen Orten gleichzeitig — untersagt werden, wobei in diesem Sinne auch eine ganze Ortschaft als ein Ort anzusehen ist; nicht aber darf der Aufenthalt in einem ganzen, mehrere Ortschaften begreifenden, Distrikt untersagt werden. Läßt auch durch Aufzählung aller in einem Distrikte belegenen Ortschaften dasselbe Resultat sich erreichen, so wird doch die LPB. dadurch zu einer spezielleren Prüfung genötigt. So: Rubo N. 3, Berner GS. 33 349, Fuhr PolAuff. S. 69.

Da eine Beschränkung der durch Nr. 1 erteilten Befugnis nicht ausgesprochen ist, so kann dem Verurteilten auch der Aufenthalt an seinem Heimatsort untersagt werden. Es ist auch nicht abzusehen, inwiefern eine solche Untersagg. dem Geiste der Nr. 1 entgegen sein soll, da gerade die Untersagg. des Aufenthalts an dem Heimatsorte als eine sehr zweckmäßige Präventivmaßregel sich herausstellen kann. So: H. Meyer S. 384, Frank N. v zu Nr. 1, Oppenh.-D. N. 3, Fuhr aO. S. 70. AM.: Berner S. 225 u. GS. 33 349, Hälschner I 627, Rüb.-St. N. 2.

Dagegen wird es allerdings als dem Sinne der Nr. 1 zuwider angesehen werden müssen, wenn die Untersagg. des Aufenthalts hinsichtlich so vieler Orte ausgesprochen würde, daß als Resultat eine sog. Konfinierung sich ergeben würde; so: Hälschner I 627, H. Meyer aO., Frank N. v zu Nr. 1, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 2, Rüb.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2, Fuhr aO. S. 69.

Aus dem der LPB. zustehenden freien Ermessen folgt, daß die Aufenthaltsuntersagg. eine zeitlich, z. B. auf die Nachtzeit, bzw. auf gewisse einzelne oder wiederkehrende Gelegenheiten beschränkte sein darf; so die GM. Es kann die Untersagg. auch wiederholt oder nacheinander bezüglich verschiedener Orte ausgesprochen werden.

Zu § 39 Nr. 2. N. 3, 4.

3) Während die polizeil. Verweisung eines Reichsangehörigen aus dem Staatsgebiete durch FreizüggktsG. § 12 in der Regel verboten ist, liegt die eines „Ausländers" (§ 8 N. 3a) in der staatsrechtl. Befugnis eines jeden Bundesstaats; die Nr. 2 verleiht aber der LPB. die weitergehende Befugnis, „den Ausländer aus dem Bundesgebiete" zu verweisen. Die übrigen Bundesstaaten dürfen, soweit ihre Gebiete in Frage kommen, ihre Hilfe nicht versagen; Motive z. Entw. II §§ 36, 37.

4) Aus der Unbeschränktheit der LPB. (N. 2) folgt deren Befugnis, die Ausweisung nur für eine bestimmte Zeit auszusprechen; so Fuhr PolAuff. S. 82; aM. Hälschner I 628, der jedoch die Erteilung der Rückkehrerlaubnis seitens der LPB. für zulässig hält. Keinesfalls kann aber die Wirksamkeit der Ausweisung über die längste zulässige Dauer der PolAuff. selbst sich erstrecken; ein in Übereinstimmung mit der Ansicht des PrJustizministers erlassenes Zirkularschr. des RKanzleramtes v. 8. Okt. 1873 (PrJMBl. S. 282) vertritt gegen die GM. die abweichende Ansicht; allein der angeführte Grund, daß die Ausweisung nicht auf Zeit erfolge, trifft hier ebensowenig zu wie bei Nr. 1, wo die Wirkung einer zeitlich unbeschränkten Untersagg. des Aufenthaltes gleichfalls nicht über die Dauer der PolAuff. selbst sich hinaus erstreckt; jedoch nimmt Frank N. v zu Nr. 2 an, daß aus dem Gebiete des Einzelstaats die Verweisung auf unbestimmte Zeit u. auf immer erfolgen könne, weil sie hier nicht Ausfluß der PolAuff. sei. Wer nach Ablauf der längsten zulässigen Dauer zurückkehrt, verstößt, auch wenn der Ausweisungsbefehl darüber hinaus sich erstrecken sollte, dennoch nicht gegen § 361[3].

Digitized by Google

Zu § 39 Nr. 3. N. 5.

5) Eine weitere Wirkung der PolAufs. ist die, daß „Haussuchungen" hinsichtlich der „Zeit, zu welcher sie stattfinden dürfen", der Beschränkung der StPO. § $104_{1,2}$ nicht unterliegen, d. h. daß sie gegen Personen, welche unter PolAufs. stehen, auch zur Nachtzeit vorgenommen werden können. Dies wird durch die StPO. (§ 102_2) ausdrücklich bestätigt; diese hat aber als Wirkung der PolAufs. auch den Wegfall anderer Beschränkungen hinzugefügt; vgl. StPO. §§ 103_3, 104_3, 106_3.

Zu § 39 im allg. N. 6, 7.

6) Der Eintritt der Wirkungen der PolAufs. setzt nicht die vorherige Bekanntmachung der Stellung unter PolAufs. an den Verurteilten voraus. Es ist eine solche weder vorgeschrieben, noch aus allg. Grundsätzen abzuleiten; denn es handelt sich nicht um den Eintritt der Wirkungen eines Urteils, sondern um den Eintritt der Wirkungen einer durch das rechtskräftige Urteil gestatteten polizeil. Maßregel und bei deren Natur muß, im Mangel besonderer Bestimmungen, angenommen werden, daß die Wirkungen mit deren Verfügung beginnen. Dieses gilt also namentl. hinsichtlich der Statthaftigkeit der Haussuchungen, während die Wirkungen der Nr. 1 u. 2 ihrer Natur nach wenigstens durch die Mitteilung der Untersagung bzw. der Verweisung, welche die Stellung unter PolAufs. zur Voraussetzung haben, bedingt ist; Fuhr PolAufs. S. 51.

7) Wie die §§ 38, 39 unzweifelhaft die Materie der Nebenstr. der ZulvPolAufs. regeln, so bestimmt auch § 39 in Gemäßheit des EG. § 2_1 ausschließlich die Wirkungen der PolAufs., jedoch nur in strafrechtl. Beziehung; T. I Abschn. 1 N. 2. Vgl. aber die Ausführungen bei Fuhr PolAufs. S. 63 ff.

Die StPO. enthält im § 113, außer in den o. N. 5 erwähnten §§ 103, 104 u. 106, eine weitere strafrechtl. Wirkung, indem daselbst die Untersuchungsh. wegen Verdachts der Flucht gegen eine unter PolAufs. stehende Person auch dann für zulässig erklärt wird, wenn die Tat nur mit Haft o. Geldstr. bedroht ist.

§. 40.

Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht, oder welche zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind, können, sofern sie dem Thäter oder einem Theilnehmer gehören, eingezogen werden.

Die Einziehung ist im Urtheile auszusprechen.

PrStGB. § 19 Abs. 1, 2. Entw. I § 31 Abs. 1, 2, II § 38. StB. S. 218, 1147.
Vgl. § 42.

Zu § 40 im allg. N. 1—4.

1) Wenn die Motive sagen: „Die Einziehung ist nicht als eine Vermögensstr. aufgefaßt, vielmehr als eine Nebenstr., welche zur Sicherung des Strafzwecks dienen und insbesondere zur Verhütung fernerer strafb. Hdlgen mitwirken soll", so wird ihnen angesichts der positiven Regelung der Einziehung im § 40 beizustimmen sein. Die „Einziehung" der im § 40 bezeichneten Gegenstände ist unzweifelhaft ein Übel; es erscheint aber auch als ein Strafübel, weil es einerseits nur auszusprechen ist, sofern die Gegenstände „dem Täter oder einem Teilnehmer" gehören, andererseits aber darauf im Urteil erkannt werden muß. Der Grund dieser Strafe ist allerdings, so gut wie bei Zul. von PolAufs., ein polizeilicher, nämlich die Prävention (§ 38 N. 1). So die GM., insbs. RG. II 30. Apr. 86 N. 8 330. AM. Beling S. 80 f. (im Hinblick auf § 42), v. Liszt S. 251 (weil die Verltzg. den Verbrecher nur nebenher treffe), während nach Berner S. 231 die Einzhg. wesentlich den Charakter der Prävention tragen soll und Stooß Vermögensstr. S. 50 ff. ausführt, daß im § 40 weder der pönale noch der polizeil. Charakter der Einzhg. prinzipiell zum klaren Ausdruck gelangt sei, endlich aber Nissen Einziehung S. 113 die Einzhg. für ein Institut des Verwaltungsrechts erklärt, ebenso Köbner Einziehung S. 5 ff., 29, 40, der

Digitized by Google

jedoch anerkennt, daß der Maßregel des § 40 aus strafrechtl. Gesichtspunkten Schranken gezogen seien.

2) Die Einzhg. ist eine Nebenstrafe (E. I Abschn. 1 N. 3b[7]); denn sie kann, abgesehen von dem Ausnahmefall des § 233, nur neben einer Hauptstr. erkannt werden; Finger 1 496. Es läßt sich hiergegen nicht auf § 42 hinweisen, da durch diesen lediglich eine polizeil. Maßregel in den Formen des Strafprozesses herbeigeführt wird (das. N. 1; gg. diese Auffassung jedoch Glücksmann Rechtskraft S. 24).

Wenn die Motive den Charakter der Einzhg. als Vermögensstr. verneinen, so ist das in Rücksicht auf den durch die Strafe verfolgten Präventionszweck richtig, jedoch nicht in Hinsicht auf die unmittelbare Wirkung der Strafe. Die Wirkung besteht in der Zufügung eines Vermögensschadens (v. Buri GS. 30 255, Glücksmann aO. S. 21) und daher hat die Vollstreckung der Einzhg. gemäß StPO. § 495 nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte zu erfolgen; Löwe-H. StPO. § 495 N. 1, Jastrow G. 33 52.

3) Die Strafe der Einzhg. ist derart allgemein geregelt, daß sie beim Vorliegen der Bedingungen des § 40 auch ohne besondere Androhung bei R.- und Landesstrafges. zur Anwendung gebracht werden kann (EG. § 2 N. 11); Berlin 15. März 71 O. 12 160. Da die Strafe der Einzhg. eine im StGB. behandelte Materie ist, so sind etwaige Vorschriften des älteren Reichs- u. des Landesstrafr. nach EG. § 2_1 außer Kraft getreten; RG. I 7. Dez. 82 E. 7 311. Soweit jedoch die Sondergesetzgbg. durch dessen Abs. 2 in Kraft erhalten ist, sind Abweichungen gestattet, für die landesgesetzlichen Vorschriften allerdings nur in beschränktem Maße, indem nach EG. § 5 zwar die Strafe der „Einziehung einzelner Gegenstände" angedroht werden darf, aber doch nur in einer Weise, daß sie mit der im StGB. geregelten Strafe der Einzhg. im wesentlichen sich deckt (E. I Abschn. 1 N. 1_3); Dresden OLG. 26. Sept. 89 SächsA. 12 196. Die Bedingungen aber, unter welchen eine Strafe gewisser Art ausgesprochen werden darf, gehören nicht zu ihrem Wesen und deshalb kann die Landesgesetzgbg. die Einzhg. selbständig und unabhängig von den Voraussetzungen des § 40 androhen (vgl. PrFDG. § 15_1); Berlin 30. März 74 O. 15 203.

Soweit neuere Reichsges. besondere Vorschriften enthalten, findet § 40 keine Anwendung; so schließt z. B. NahrungsmittelG. § 15_1 den § 40 aus; RG. I 11. Mai 82, III 5. Apr. 83, E. 6 296, 8 238.

4) Bestimmt das StGB. auch nicht, zu wessen Gunsten die Einzhg. erfolgen solle, so ist es doch selbstverständlich, daß sie zugunsten der Staats- bzw. Reichskasse geschieht, sofern nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind.

Mit der Rechtskraft des Urteils geht das Eigentum des Gegenstandes der Einziehung auf den Fiskus über, falls nicht ein anderer Zeitpunkt des Eigentumsüberganges durch gültige Sondervorschriften (wie z. B. durch BJG. § 156) bestimmt sein sollte. So: Binding Grundr. S. 213, Finger 1 497, H. Meyer S. 395, Kohler Patentr. S. 915, Mandry-G. Zivilr. Inh. d. RG. S. 367 (nur bei dieser Ansicht seien ausreichende Mittel zur Durchführung des Urteils gegeben), Köbner Einziehung S. 60. AM. v. Schwarze S. 88, es entstehe f. d. Fiskus nur ein Forderungsr. auf Herausgabe unter Entziehung des Dispositionsr. des Verurteilten über die Sache mit der Rechtskraft des Urteils. Eine Mittelmeinung vertreten einerseits Oppenh.-D. N. 16, indem er allgemein im Falle vorheriger Beschlagnahme Eigentumsübergang mit der Rechtskraft, sonst nur ein Forderungsr. annimmt, anderseits aber Rüd.-St. N. 7, der auf das einschlägige Zivilrecht Gewicht legt; ebenso wie dieser RG. IV 8. Juli 90 E. 21 54 und damit wesentlich übereinstimmend Frank N. v 3, während RG. II 7. Jan. 87 E. 15 164 u. I. 2. Juli 88 R. 10 457 nur dahin sich aussprechen, daß (abgesehen von BJG. § 156) vor der Rechtskr. des Urteils das Eigent. auf den Fiskus jedenfalls nicht übergehe. Nach Vorberg Einziehung S. 111 u. Weber Vollstreckg. v. Vermögensstrafen S. 37 endlich soll der Eigentumsübergang mit Rechtskraft des Urteils, aber unter Rückbeziehung auf die Begehung des Delikts erfolgen.

Welche Station des Fiskus über den eingezogenen Gegenstand die Verfügung und

Digitized by Google

deshalb ev. auch den Strafantrag (§ 61) wegen Sachbeschdgg. (§ 303) zu stellen habe, bestimmt sich nach dem Reichs- bzw. Landesr.; so das zit. RG. E. 15 164.

Die Folge des Eigentumsüberganges des eingezogenen Gegenstandes ist das Recht der freien Verfügung seitens des neuen Eigentümers, insbs. des Vertreters der btr. fiskalischen Station. Der Gegenstand kann deshalb je nach der Sachlage entweder als wertlos oder gefährlich vernichtet oder auch durch Veräußerung verwertet werden, nötigenfalls nachdem er zuvor in gewisser Beziehung unbrauchbar gemacht ist. Durch Sondergesetz können abweichende Bestimmungen getroffen sein; so räumt das G. btr. d. Raumgehalt d. Schankgefäße v. 20. Juli 1881 § 5 dem Gericht die Befugnis ein, mit der Einzhg. der vorschriftswidrigen Schankgefäße zugleich deren „Vernichtung" auszusprechen.

Um jenes Recht verwirklichen zu können, bedarf es der Vollstreckung der Einziehung durch Übertragung des Besitzes des Gegenstandes auf den neuen Eigentümer (s. auch N. 15); zur Sicherung der demnächstigen körperlichen Einziehung dient die Beschlagnahme, die wegen des freien Verfügungsrechtes des Täters bis zur Rechtskraft des Urteils von Bedeutung ist; vgl. Köbner aO. N. 5.

Zu § 40 Absatz 1. N. 5—11.

5) Die für die Regel nur fakultativ angedrohte Einzhg. soll nach den Motiven „zur Sicherung des Strafzweckes dienen und insbs. zur Verhütung strafb. Hdlgen mitwirken". Danach ist der Zweck der Einzh. jedenfalls nicht die Zufügung eines Vermögensnachteils; Berner S. 233, Köbner Einziehung S. 67.

Ausnahmsweise ist in den §§ 152, 295, 296a u. 369[2] die Einzhg. obligatorisch vorgeschrieben (vgl. auch § 335 sowie T. I Abschn. 1 N. 4d).

6) Der fakultativen Einzhg. nach § 40 unterliegen gewisse, daselbst näher bezeichnete „Gegenstände". Nach dem allg. Sprachgebrauch sowie nach dem des StGB. in den §§ 243[1], 290 und vorzüglich im § 304 (woselbst „Gegenstände" u. „Sachen" durcheinander gebraucht werden) ist der Ausdruck „Gegenstände" nur von körperlichen Sachen (deshalb aber auch von Schriften 2c.; § 184 N. 17), nicht aber von Rechten zu verstehen, abgesehen davon, daß die „Einziehung" eines Rechts gleichfalls eine ungebräuchliche Wendung sein und außerdem sachlich ihre Schwierigkeiten haben würde; vgl. EG. § 5 N. 4a. So: Binding Grundr. S. 213, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 4. AM.: Heinze HH. 2 14 u. RStrafr. S. 98, Rubo N. 6.

Mit den btr. Gegenständen gelangen ev. auch deren etwaige Zubehörstücke zur Einzhg., da diese hier, wie überall, wo Ausnahmen nicht besonders begründet sind, das Schicksal der Hauptsache teilen.

Vgl. § 41 N. 2 und 4.

7) In Betracht kommen nur „vorsätzliche" Delikte (§ 59 N. 16) und zwar nur „Verbrechen und Vergehen" (§ $1_{1,2}$); deshalb bleibt eine Einzhg. gemäß § 40 ausgeschlossen einerseits (da es fahrl. Verbr. nicht gibt) bei fahrl. Verg., andererseits bei Übertr. In letzterer Beziehung enthalten jedoch die §§ 360_2, 367_2 u. 369_2 Ausnahmen, auf welche die Grundsätze des § 40 soweit anzuwenden sind, als dort nichts Abweichendes bestimmt ist; München 6. Jan. 74 St. 4 72, Berner S. 232.

8) Unter den „durch das V. o. V. hervorgebrachten" Gegenständen (scelere producta), bei welchen Entw. II die Einzhg. gebieten wollte, sind nur die unmittelbar hervorgebrachten Gegenstände zu verstehen, also z. B. die gefälschten Urk. und Münzen, nicht aber das durch diese Erworbene, wie die auf den gefälschten Wechsel erhaltene Valuta oder die mit dem falschen Gelde gekauften Waren. Letzteres sind nur durch eine Straftat erlangte Gegenstände, die nicht hierher gehören, mögen sie, wie z. B. das Diebstahlsobjekt, direkt oder mögen sie indirekt durch das Verbr. vom Täter erworben sein.

Eine Ausnahme enthält § $296a_2$.

9) Unter den „zur Begehung des V. o. V. gebrauchten oder bestimmten" Gegenständen sind lediglich die instrumenta sceleris zu verstehen, mögen sie tatsächlich gebraucht, oder mögen sie nur zu der betreffenden Straftat bestimmt gewesen sein, vorausgesetzt, daß letztere verübt oder wenigstens versucht ist. Unter diesen Umständen sind auch

Digitized by Google

konkrete Geldstücke, z. B. bei einer Bestchg. o. Anstiftung zu einem V. o. V. körperlich angebotene, einziehbar (vgl. § 335); so Oppenh.-D. N. 8; aM. Köbner Einziehung S. 12.

Ungerechtfertigt ist deshalb die Einzhg. solcher Gegenstände, welche zwar zur Begehung gewisser strafb. Hdlgen, z. B. zu Jagdverg., nicht aber zur Begehung der konkreten, abzuurteilenden Tat bestimmt waren; München 19. Okt. 74, 23. Dez. 75, St. 4 197, 5 253. Denn auch soweit es um die Einzhg. zur Begehung eines V. bestimmter Gegenstände sich handelt, ist die Vollendung oder wenigstens der Versuch der btr. Straftat Voraussetzung, da anderenfalls nicht von einem „Täter o. Teilnehmer" die Rede sein könnte; RG. IV 7. Okt. 87 E. 16 268. Die Feststellung, daß die Gegenstände zu zukünftigen strafb. Hdlgen bestimmt seien, ist daher zur Einziehung nicht ausreichend; RG. I 20. Mai 95 E. 27 243 (dies gelte auch für diej. Verg., bei denen es, wie z. B. beim Jagdverg., einen strafb. Versuch nicht gebe). Auch der Charakter einer strafb. Hdlg. als Kollektivdelikt oder als einer fortgesetzten (§ 73 N. 5d, 6) ändert daran nichts, da die Qualifikation lediglich auf die bereits begangene Tat sich bezieht, der erkennbare Wille, die Tat fortzusetzen, aber als solcher zur Annahme eines Versuchs nicht ausreicht; so das zit. RG. E. 27 243 insbs. für den Fall der Gewerbsmäßigkt. (§ 294).

Ausgeschlossen ist ferner die Einziehung derjenigen Gegenstände, welche nur zur Vorbereitung einer Straftat gedient haben (z. B. der Form, in der die tödliche Kugel gegossen, oder des Schleifsteins, auf dem das gebrauchte Messer geschliffen ist), ferner derjenigen, welche nach Begehung der Tat, d. h. nach ihrem faktischen Abschlusse, verwendet wurden, also namentl. zur Flucht des Täters; Berner S. 232. Diese Gegenstände unterliegen nur dann der Einzhg., wenn sie zur Begehung des selbständigen Verg. der Begünstigg. oder Hehlerei (§§ 257 ff.) gedient haben. Handelt es sich aber noch um die Fortschaffung des durch die strafb. Hdlg. erlangten Gutes vom Orte der Tat, so hat letztere den faktischen Abschluß noch nicht erreicht; deshalb gehören zu den nach § 40 einziehbaren Gegenständen auch die zur Fortschaffung jenes Gutes gebrauchten o. bestimmten Transportmittel; so RG. II 19. Juni 85 E. 12 305 (die Vorschriften im PrFDG. § 15 u. PrFPG. § 23 stellten deshalb Ausnahmebestimmungen dar); aM.: Finger 1 497 f., Frank N. III 2.

Mittel zur Begehung einer Straftat sind weder die Örtlichkeiten, wo, noch die Gegenstände, an welchen eine Straftat verübt wird; deshalb gehören, so wenig wie gestohlene Sachen (RG. I 8. März 94 E. 25 165), die Gegenstände dazu, in bezug auf welche eine Zolldefraudation begangen ist; RG. I 27. Apr. 91 E. 21 431.

Eine Ausnahme enthält jedoch § 295.

10) Die Einzhg. ist nur statthaft, „sofern die Gegenstände dem Täter oder Teilnehmer (T. I Abschn. 3) gehören". In dieser Bedingung, die für die Zeit der Urteilsfällung zutreffen muß, ev. aber durch eine Beschlagnahme gemäß StPO. § 94 sichergestellt werden kann, prägt der in den Motiven hervorgehobene Charakter der Einzhg. als Strafe sich aus; eine ohne Rücksicht auf das Eigentum des Täters oder Teilnehmers z. B. der Urteilsfällung ausgesprochene Einzhg., die zunächst wenigstens nicht den Verurteilten, sondern einen Dritten schädigt, würde keine Strafe, sondern nur eine polizeil. Maßregel sein; so: RG. II 24. Mai 87 E. 16 114 (wäre beabsichtigt worden, das Eigentum von Tätern u. Teilnehmern für eine vergangene Zeit zu treffen, so würde eine dementsprechende Ausdrucksweise haben gewählt sein müssen), Finger 1 497, Hälschner 1 631, Heinze HH. 2 512, H. Meyer S. 393 N. 7, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 12, Rubo N. 13, Kohler Patentr. S. 911, Köbner Einziehung S. 32; aM. John StRZ. 12 66 u. Weber Vollstreckg. v. Vermögensstr. S. 26, welche die Zeit der Begehung der Tat als entscheidend ansehen.

Die Einzhg. ist aber nicht dadurch bedingt, daß der Gegenstand gerade dem Täter o. Teilnehmer gehört, welcher von ihm zur Begehung der Tat Gebrauch gemacht hat; sie ist vielmehr zulässig, sobald nur der Gegenstand einem an der Tat schuldvoll Beteiligten gehört, sei es allein oder auch nur als Miteigentümer; v. Buri GS. 30 261, Ortloff G. 31 348 (daraus rechtfertige sich auch die Einzhg. des sog. Paukapparats, da er im Eigentum der derzeitigen Mitglieder der Verbindung stehe); nach Frank N. II 2 soll dagegen die

Digitized by Google

Zulässigkt. der Einziehung, falls ein Unbeteiligter Miteigentümer ist, von der privatrechtl. Auffassung des Miteigentums abhängen; nach BGB. sei die Frage zu bejahen, dagegen die Zulässigkt. der Einziehung bei Gesamteigentum zu verneinen, also z. B. btr. des Paukapparats. Wußte dabei der Eigentümer nicht, daß ein anderer Teilnehmer von dem Gegenstand Gebrauch mache, so kann die Einzhg. dennoch erfolgen, da § 59_1 nicht Platz greift; Oppenh.-D. N. 12.

11) Ausnahmsweise ist die Einzhg. ohne Rücksicht auf das Eigentum des Täters o. Teilnehmers im StGB. in den §§ 152, 295, 296a, 360, 367 u. 369^2_3 (vgl. auch § 335) angeordnet. Vgl. außerdem über den Fall der Notwendigkeit der Berücksichtigung der Rechte Dritter das zu § 295 N. 4 zit. RG. E. 18 43.

Zu § 40 Absatz 2. N. 12—14.

12) Der zuerst in den Entw. II aufgenommene Abs. 2 entscheidet eine unter der Herrschaft des PrStGB. entstandene Streitfrage über die Zulässigkeit der sog. Nachtragsurteile im sicherheitspolizeil. Interesse, falls die Einzhg. im Hauptverfahren versäumt war; Oppenh. PrStGB. §§ 19 N. 16, 20 N. 5, 6. Ein solches Nachtragsurteil ist nach Abs. 2 ausgeschlossen, da die Einzhg. „im Urteile", d. h. in dem gegen den Eigentümer ergehenden Strafurteil (und zwar in der Urteilsformel) ausgesprochen werden muß; RG. II 25. Mai 83, 28. Mai 86, E. 8 349, 14 161. Wird sie hier versäumt, so ist sie ev. nur im Wege des Rechtsmittels durchzusetzen.

13) Bestritten ist, ob die Einzhg. nach Maßgabe des § 40 auch dann im Urteile ausgesprochen werden könne, wenn dieses gegen einen solchen Täter o. Teilnehmer ergeht, der nicht Eigentümer der einzuziehenden Gegenstände ist, während die Verfolgung gegen den Eigentümer, obgleich er Täter o. Teilnehmer ist, sich nicht richtet. Rubo N. 12 erachtet dafür, daß der Wortlaut des § 40 an und für sich nur bedinge, daß, wo die Einzhg. erfolgen solle, das Eigentum des Täters o. eines Teilnehmers rücksichtlich der btr. Gegenstände ausdrücklich festgestellt werde. Allein es ist hiergegen einzuwenden, daß die Einzhg. eines Gegenstandes, welche in einem nicht gegen den Eigentümer gerichteten Verfahren erfolgt, den Charakter einer Strafe verlieren würde, da eine solche nur gegen einen für schuldig Erklärten erfolgen kann. Man wird aber nicht nur im allgemeinen daran festhalten müssen, daß im StGB. angedrohte Übel als Strafen anzusehen seien, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich sich ergibt, sondern hinsichtlich der gemäß § 40 erfolgenden Einzhg. speziell auch auf Grund der Motive, welche dieselbe ausdrücklich als Strafe bezeichnen. Im vorl. Falle läßt nun der im Abs. 2 gebrauchte Ausdruck „im Urteile" ohne Zwang dahin sich deuten: „in dem gegen den btr. Täter o. Teilnehmer, welchem der Gegenstand gehört, ergehenden Urteile". Dazu kommt, daß § 295 hinsichtlich der beim Jagdverg. vorgeschriebenen Einzhg. ausnahmsweise bestimmt, daß diese stattzufinden habe, ohne Unterschied, ob die daselbst genannten Gegenstände dem Verurteilten gehören oder nicht. Hieraus ergibt sich das argumentum e contrario, daß regelmäßig die Einziehung nur erfolgen kann, wenn der Gegenstand dem Verurteilten gehört (vgl. auch §§ 360_2, 367_2); so v. Schwarze S. 85; aM. H. Meyer S. 393 N. 7. Es kann nicht mit Rubo N. 12 A ** durch den Hinweis auf die MVerhdlgen (StB. 728 ff.) beseitigt werden, weil durch die Bestimmung des § 295 lediglich die Einzhg. auch dann habe ermöglicht werden sollen, wenn weder der Täter noch der Teilnehmer an dem Jagdverg., sondern ein unbeteiligter Dritter das Eigentum an den Sachen hatte. Denn obschon die Debatten sich wesentlich um diese Abweichung vom Prinzip des § 40 drehten und die geringere Abweichung nicht berührten, so folgt daraus nicht die Inkorrektheit des bereits dem Entw. II entnommenen Wortausdrucks, um so weniger als der Entw. II dem noch im Entw. I § 276 in Anlehnung an PrStGB. § 276 gebrauchten weniger korrekten Ausdruck „Angeschuldigten" das Wort „Verurteilten" substituierte. Die Ausdrucksweise des § 295 darf deshalb zur Auslegung des § 40 herangezogen werden; Oppenh.-D. N. 12, Köbner Einziehung S. 30.

14) Die Einzhg. im Urteil ist nicht dadurch bedingt, daß bei der Urteilsfällung deren tatsächliche Möglichkeit besteht. Unzulässig ist (abgesehen von § 335 und Ausnahmen

Digitized by Google

in Sondergef.) die Substitution des Wertes; so die GM., insbf. RG. I 7. Dez. 82, 2. Juli 88, E. 7 311, 18 43.

Prozessuales. N. 15, 16.

15) Wenn auch § 40 nicht, analog dem § 30, ausdrücklich bestimmt, daß eine Einzhg. gegen einen Nachlaß vollstreckt werden könne, falls das Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden, so ist doch mit der GM. anzunehmen, daß solches zulässig sei, da das Eigentum an dem Gegenstande der Einzhg. mit der Urteilsfällung übergeht (N. 4_2).

Wird ein auf Einzhg. lautendes Urteil dagegen aus irgend einem Grunde nicht rechtskräftig, so ist § 42 anzuwenden (Löwe-H. StPO. § 477 N. 2b), nicht aber mit Stooß, Vermögensstr. S. 14, aus dem Schweigen des Gesetzes zu schließen, die Einzhg. könne auch auf Grund eines bei Lebzeiten des Angeklagten nicht rechtskräftig gewordenen Urteils erfolgen; denn die Vollstreckung eines nicht rechtskräftigen Strafurteils ist gegen die Natur der Sache wie gegen die ausdrückliche Vorschrift der StPO. § 481; vgl. o. § 30 N. 1.

Gegen einen Geisteskranken ist (Bew. StPO. § 487_1) eine rechtskräftig erkannte Einzhg. zu vollstrecken (§ 30 N. 6); v. Buri GS. 30 256.

16) Wegen Verjährung der Vollstreckung der Einzhg. vgl. § 70 N. 5d.

§. 41.

Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist, so ist im Urtheile auszusprechen, daß alle Exemplare, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind.

Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die im Besitze des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers oder Buchhändlers befindlichen und auf die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare.

Ist nur ein Theil der Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar, so ist, insofern eine Ausscheidung möglich ist, auszusprechen, daß nur die strafbaren Stellen und derjenige Theil der Platten und Formen, auf welchem sich diese Stellen befinden, unbrauchbar zu machen sind.

PrStGB. § 19 Abs. 3, 4. Entw. I § 31 Abs. 3, 4, II § 39.
Vgl. § 42 sowie PressG. § 14.

1) Wenn die Motive sagen: „In weiterer Anerkennung des Grundsatzes, daß die Einzhg. keine Vermögensstr., vielmehr in der Hauptsache eine Präventivmaßregel sein soll, ist, in Abweichung von dem PrStGB., vorgeschrieben, daß nicht die Vernichtung, sondern nur die Unbrauchbarmachung ... ausgesprochen werden soll", so ist hiergegen zu bemerken, daß es im § 41 gar nicht um eine Einzhg. sich handelt, sondern vielmehr nur um eine „Unbrauchbarmachung", d. h. um etwas juristisch wesentlich Verschiedenes, da sie keinen Eigentumsübergang auf den Fiskus nach sich zieht (vgl. § 360^6_2, wo es um Einzhg. gewisser Drucksachen sich handelt); so: Finger 1 500, Frank N. 1, Weber Vollstreckg. v. Vermögensstr. S. 46; aM. Köbner Einziehung S. 24 f. Allerdings kann zum Zwecke der Unbrauchbarmchg. eine „Einziehung" des Gegenstandes notwendig werden und insofern greift die Vorschrift des StPO. § 94 Platz (Jastrow G. 33 57 f.); auch haben einzelne Spezialgef., wie das — in direkter Anwendung außer Kraft gesetzte — NachdrucksG. §§ 21 f. (43, 45) und die nachgebildeten Ges. v. 9., 10. u. 11. Juni 1876, aus diesem Gesichtspunkte die „Einziehung" lediglich zum Zwecke der Unbrauchbarmachung (nötigenfalls der Vernichtung; s. u. N. 7) angeordnet. Allein eine derartige Einzhg. ist etwas anderes als eine „Einziehung" i. S. des § 40; jene Art der Einzhg. berührt die Eigentumsverhältnisse nur insoweit, als die Unbrauchbarmchg. zur teilweisen o. gänzlichen Zerstörung des Gegenstandes und folgeweise auch des Eigentumsrechtes führt; eine rechtskräftig ausgesprochene Einzhg. gemäß § 40 (das. N. 4) bewirkt dagegen den Eigentumsübergang, woraus alles übrige lediglich sekundär folgt; so: Mandry-G. Zivilr. Inh. d. RG. S. 366, Borberg Einziehung S. 114; aM.: Riffen Einziehung S. 97, Köbner aO.

Digitized by Google

Entsprechend der Verschiedenheit der inneren Natur beider Institute ist auch die äußere Gestaltung der Unbrauchbarmachg. nach § 41, sowohl ihrem allg. Charakter als auch ihren Einzelheiten nach durchaus abweichend von derjenigen der Einzhg. nach § 40. Während bei dieser daran festgehalten werden mußte, daß sie eine Strafe sei (§ 40 N. 1), kann die Unbrauchbarmchg. nach der ihr im § 41 zuteil gewordenen Regelung als eine solche nicht angesehen werden. Nur dasjenige Übel charakterisiert sich als Strafe, welches gegen einen an der Tat Beteiligten erkannt wird; während nun die Einzhg. lediglich gegen einen an der Tat Beteiligten ausgesprochen werden darf, wenn auch ihre Vollstreckung unter Umständen gegen unbeteiligte Dritte sich richten kann, so ist die Unbrauchbarmchg. nach Abs. 2 (N. 11) auch gegen solche Personen durchzuführen, welche zur Zeit der Fällung des die Unbrauchbarmchg. aussprechenden Urteils zu der btr. Schrift 2c. in keinerlei strafb. Beziehung standen. So: RG. II 28. Mai 86 E. 14 161 (es handele sich nicht um Verhängung eines Strafübels, sondern um eine polizeil. Präventivmaßregel), Finger 1 499, Hälschner 1 632, v. Liszt S. 251, Frank N. 1. Rüd.-St. § 40 N. 12, Klöppel NPreßr. S. 461, Kohler S. 497. AM. RG. I 25. Sept. 84 E. 11 119, Binding Grundr. S. 215, Oppenh.-D. N. 1, Glücksmann Rechtskraft S. 15; dagegen vertritt RG. II 30. Sept. 81, 20. Apr. 88, E. 5 101, 17 311 (wesentlich sich anschließend H. Meyer S. 395), eine Mittelmeinung dahin, daß die Maßregel, soweit durch sie der Angeklagte betroffen werde, „zugleich den Charakter einer Nebenstr." habe, während sie lediglich als Präventivmaßregel aufzufassen sei, soweit ihre Wirkungen auf die im Abs. 2 bezeichneten dritten Personen sich erstreckten; es erscheint aber sehr bedenklich, in ein Institut einen Charakter der Duplizität hineinzutragen, der in der einheitlichen gesetzlichen Bestimmung, welche dasselbe regelt, keinerlei Ausdruck gefunden hat (vgl. § 295). Wenn sonach die Motive — und auf Grund derselben ROHG. 18. Juni 75 Entsch 18 124 ferner Weber aO. — auch der Unbrauchbarmchg. anscheinend noch den Charakter der Strafe wahren wollen, indem sie diese nur in der Hauptsache als eine Präventivmaßregel bezeichnen, so ist das nicht zutreffend.

Handelt es sich auch im § 41 nur um eine polizeiliche Präventivmaßregel, so ist deren Verhängung doch aus Zweckmäßigkeitsgründen den gerichtlichen Behörden übertragen und in Zusammenhang mit dem Strafverfahren, falls ein solches statthat (N. 6), gebracht, und zwar weil die polizeil. Präventivmaßregel an eine verübte strafb. Hdlg. sich anschließt. Aus demselben Grunde ist die Verhängung jener Maßregel in den Formen des Strafprozesses selbst dann vorgeschrieben, wenn die Verfolgung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist (§ 42).

2) Was das Verhältnis des § 40 zum § 41 betrifft, so ist zu beachten, daß die Vorschrift des § 41 nach mehreren Richtungen hin weiter geht als die des § 40, während nach anderen Beziehungen die Maßregel des § 41 weniger streng und weitgreifend ist als die des § 40. Freilich erscheint § 41 im Vergleiche zum § 40 insofern als spezielleres Vorschrift, als er nur anzuwenden ist auf Schriften 2c. strafb. Inhalts, nicht auf andere Gegenstände; allein hierdurch würde die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 40 nur ausgeschlossen werden, wenn jener dieser widerstritte oder innerhalb ihres Geltungsbereiches diese zu ersetzen bestimmt wäre. Erstere Voraussetzung trifft vorliegend nicht zu, während aus dem Zwecke des § 40 sich ergibt, daß letzteres nicht beabsichtigt sein kann. Demgemäß ist es zulässig, beide Maßregeln ev. in der Weise zu kombinieren, daß für einzelne Exemplare einer Schrift die Einziehung, für andere die Unbrauchbarmchg. angeordnet wird; so: RG. II 20. Apr. 88 E. 17 311 (in Anlehnung an die Praxis des BS. II, III), Oppenh.-D. N. 22, Frank N. 1. Vgl. § 42 N. 3.

Zu § 41 Absatz 1. N. 3—8.

3) Der § 41 hat den strafb. Inhalt „einer Schrift, Abbildung oder Darstellung" zur Voraussetzung. In genau derselben Verbindung kehren diese Ausdrücke in den §§ 184, 186 u. 187 wieder, während § 200 in anderer Reihenfolge von „Schriften, Darstellungen und Abbildungen" spricht, und endlich in den §§ 85 u. 110 von „Schriften und anderen Darstellungen" die Rede ist. Aber nicht bloß in diesem letzteren Fall, sondern auch im § 41 sowie in den §§ 184, 186, 187 u. 200 erscheint „Darstellung" als der

Digitized by Google

allgemeinere Begriff, welcher die Schrift und die Abbildung mitumfaßt. Unrichtig ist es aber, wenn die Motive zum Entw. II §§ 121—144 unter Bezugnahme auf die jetzigen §§ 85, 110 u. 184 von „Preßerzeugnissen und ähnlichen Darstellungen" sprechen. Die Darstellungen, welche jene §§. im Auge haben, brauchen nicht „Preßerzeugnissen" ähnlich zu sein; es spricht dagegen entschieden die Exemplifikation auf „Schriften und Abbildungen"; John HH. 3 98. Seine hauptsächlichste, jedoch keineswegs seine ausschließliche Anwendung (vgl. Berlin 26. Sept. 78 O. 19 431) findet der durch das PreßG. nicht abgeänderte § 41 allerdings gegenüber den Preßerzeugnissen, namentl. wegen der die Zulässigkeit der Unbrauchbarmchg. beschränkenden Vorschrift des Abs. 2.

4) Da die Strafbarkeit des „Inhalts" einer Schrift 2c. die Voraussetzung bildet, so genügt zur Anwendbarkeit des § 41 nicht, daß die Schrift 2c. in formeller Beziehung gegen das Gesetz verstoße; RG. III 8. März 82 R. 4 235. Es kann deshalb nicht die Unbrauchbarmachg. eines Preßerzeugnisses erfolgen, welches formell gegen das PreßG. Abschn. II „Ordnung der Presse" verstößt, mag auch eine das Strafverfahren sichernde Beschlagnahme und selbst nach § 23 das. eine vorläufige Beschlagnahme ohne richterliche Anordnung gerechtfertigt sein; nach gesprochenem Urteil hat vielmehr die Freigabe der Exemplare zu erfolgen, selbst auf die Gefahr hin, daß durch eine neue Verbreitung eine neue strafb. Hdlg. begangen werde; Kayser HH. 4 624. Nicht außer acht zu lassen ist jedoch, daß unter Umständen die Form eines Preßerzeugnisses einen materiellen Verstoß gegen das Strafgesetz involvieren kann; vgl. z. B. § 360$^6_2$, wo allerdings „Einziehung", und nicht bloße Unbrauchbarmchg. (s. o. N. 1_1) fakultativ angedroht ist.

Insoweit ein strafb. Inhalt einer Schrift 2c. nicht in Frage steht, diese aber zur Begehung einer strafb. Hdlg. gebraucht oder bestimmt ist (z. B. eine an sich nicht strafb. Abbildung zur Begehung einer Beleidgg.), greift § 40 Platz; Oppenh.-D. N. 5.

5) Der § 41 findet Anwendung, wenn der Inhalt einer Schrift 2c. „strafbar" ist, mag er als ein V. o. V. oder nur als eine Übertr. sich darstellen, mag eine vorsätzl. oder fahrl. strafb. Hdlg. in Frage stehen, so daß z. B. eine Druckschrift beim Vorliegen eines Fahrlässigkeitsverg. gegen das PreßG. § 21 der Unbrauchbarmchg. unterliegt (N. 2); so: Hälschner I 622, Oppenh.-D. N. 4, Köbner Einziehung S. 37, 40, Ullmann S. 572; aM. Franke G. 20 20, der § 41 nur bei vorsätzl. Delikten für anwendbar erachtet.

Zu beachten ist jedoch, daß, solange eine Schrift im Besitze des Verfassers sich befindet und keine Schritte geschehen sind, um sie Dritten zugänglich zu machen, von einem strafbaren Inhalt der Schrift i. S. des § 41 nicht die Rede sein kann, da irgend jemand in bezug auf ihren Inhalt sich strafbar gemacht haben muß, was jedoch alsdann noch nicht geschehen ist; Berlin 20. Sept. 76 St. 6 149. Es muß, wie RG. III 17. Juni 97 E. 30 194 zutreffend ausführt, jemand durch Kundgebung der Schrift den vollen objektiven u. subjektiven Tatbestand eines bestimmten Delikts erfüllt haben.

6) Beim Zusammentreffen der in N. 3—5 bezeichneten Voraussetzungen „muß" die Unbrauchbarmchg. ausgesprochen werden, und zwar „im Urteile", d. h. in einem Urteile, welches gegen einen an dem strafb. Inhalte der Tat Beteiligten ergeht. Es folgt daraus, daß, wenn auch hier, gleichwie im Falle des § 40 (das. N. 12), bei Verabsäumung des Aussprechens der Unbrauchbarmchg. ein Nachtragsurteil ausgeschlossen ist, die Maßregel — abgesehen von der Einlegung des Rechtsmittels — auch alsdann nachgeholt werden kann, wenn gegen einen anderen an dem strafb. Inhalt Beteiligten, der bisher noch nicht verfolgt wurde, ein Urteil ergeht.

Das ergehende Urteil muß den strafb. Inhalt der Schrift 2c. feststellen, außerdem die Beteiligung desjenigen daran, gegen den es erlassen wird. Wird die Beteiligung eines Dritten angenommen, so darf die Unbrauchbarmchg. durch das Urteil nicht ausgesprochen werden, sondern kann nur ev. in einem neuen Strafverfahren gegen den ermittelten Täter bzw. Teilnehmer oder nach Maßgabe des § 42 erfolgen.

Muß hiernach regelmäßig eine Verurteilung zur Strafe erfolgen, damit die Unbrauchbarmchg. daneben ausgesprochen werden könne, so ist doch die Verhängung dieser Maßregel auch alsdann für geboten zu erachten, wenn lediglich in Gemäßheit des § 199 (das.

Digitized by Google

N. 10) auf Straffreiheit erkannt wird — ein Fall, der bei wechselseitigen schriftlichen Beleidigungen denkbar ist. Die Unbrauchbarmchg. ist keine Strafe und muß deshalb bei Feststellung eines strafb. Inhaltes der Schrift ausgesprochen werden, trotzdem der Angeklagte straffrei gelassen wird.

Über die Frage, ob im Falle fehlenden Strafantrages selbständig auf Unbrauchbarmachung erkannt werden dürfe, vgl. § 42 N. 6b.

7) Auszusprechen ist im Urteile lediglich die „Unbrauchbarmachung", während — nach den Motiven — die Art ihrer Ausführung dem Ermessen überlassen bleibt; dabei heben die Motive beispielsweise hervor, daß bei strafb. Erzeugnissen der Tagespresse die Unbrauchbarmchg. der Formen durch die Auseinandernahme des Drucksatzes genügend bewirkt werde; bezüglich der Exemplare der Schriften selbst wird der Unterschied zwischen „Unbrauchbarmachung" und Einziehung bzw. Vernichtung häufig von keiner oder nur geringer Bedeutung sein; RG. II 20. April 88 E. 17 311. Ausnahmsweise ist durch Sondergesetz, wenigstens nötigenfalls, statt der Unbrauchbarmchg. geradezu die „Vernichtung" vorgesehen; vgl. NachdrucksG. § 21, LiterarG. § 42 sowie WarenzeichenschutzG. § 19.

8) Auszusprechen ist die Unbrauchbarmchg. „aller Exemplare, sowie der zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen". Letztere sind zur Herstellung der Exemplare bestimmt nicht nur, so lange sie noch nicht abgezogen sind, sondern auch dann, wenn dies bereits geschehen, die Platten aber — gleichgültig aus welchem Grunde — noch nicht wieder abgeschliffen bzw. die Formen noch nicht wieder auseinandergenommen sind. Die Bestimmung der Platten ist immer die Herstellung von Exemplaren, mögen sie auch dieser Bestimmung schon gedient haben. In erhöhtem Grade gilt dieses, wenn die Platten 2c. behufs Herstellung von Stereotypausgaben konserviert wurden. So: Rubo N. 7, Köbner Einziehung S. 21. AM. Oppenh.-D. N. 8, insofern er annimmt, daß die Platten noch zu fernerer Vervielfältigung bestimmt sein müssen. Daß mittels der Platten 2c. bereits Abdrücke hergestellt sein müßten, ist nicht notwendig, falls nur der Inhalt der Handschrift bereits als strafbar anzusehen war (N. 3, 5_2); so Köbner aO.; aM. Oppenh.-D. aO.

Zu § 41 Absatz 2. N. 9—13.

9) Abs. 2 enthält eine Beschränkung des Abs. 1, insoweit dieser allgemein die Unbrauchbarmchg. „aller Exemplare" vorschreibt.

Dem Präventionszwecke ist bereits genügt, wenn die Unbrauchbarmchg. derjenigen Exemplare bewirkt wird, bei denen nicht die Möglichkeit, sondern die Gefahr einer weiteren Verbreitung der inhaltlich strafb. Schrift vorliegt; beim bloßen Privatbesitz beliebiger Dritter an sich wird sie als vorliegend noch nicht angenommen. Dagegen ist sie zunächst vorhanden, wenn „der Verfasser, Drucker, Herausgeber, Verleger oder Buchhändler sich im Besitze von Exemplaren" befinden, u. zwar, da das Gesetz nicht unterscheidet, gleichgültig, ob im Geschäfts- oder im Privatbesitz; denn auch im Falle des letzteren greift bei den bezeichneten Personen die Gefahr weiterer Verbreitung Platz. „Besitz" — und zwar zur Zeit der Urteilsfällung (§ 40 N. 10) — ist hier im bewußten Gegensatze zum Eigentum gebraucht, das für den Fall des § 40 die Voraussetzung bildet; deshalb liegt kein Grund vor, „Besitz" anders als im zivilistischen S. zu verstehen, woraus die Folgerung sich ergibt, daß auch die Exemplare der Unbrauchbarmachung unterliegen, welche ein Dritter für eine der im Abs. 2 bezeichneten Personen innehat, die also nach BGB. § 868 in deren „mittelbarem Besitz" sich befinden; so: Frank N. IV 2, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 4, Köbner Einziehg. S. 33; aM. Rubo N. 8. Deshalb unterliegen Exemplare, welche seitens des Verfassers 2c. der Post anvertraut sind, solange der Einziehung, als dieser die Verfügung darüber behält; Frank aO., Oppenh.-D. N. 15, Rüd.-St. aO., Klöppel RPreßr. S. 462. Desgleichen die vom Buchhändler zur Ansicht versandten Exemplare; Frank aO.

10a) „Herausgeber" ist seiner Bedeutung nach streitig. Nach Oppenh.-D. N. 13 soll dieser Ausdruck den „Redakteur" mit umfassen, während Rubo N. 10 auf den durch PreßG. §§ 6, 7 gekennzeichneten Unterschied hinweist. Allein diese letzteren Bestimmungen ergeben, daß speziell der Herausgeber periodischer Druckschriften deren „verantwortlicher Redakteur"

Digitized by Google

heißt (Kayser HH. 4 580), so daß allerdings i. S. des PreßG. „Herausgeber" und „Redakteur" unterschieden werden, immerhin aber der Redakteur unter den Begriff des Herausgebers i. w. S. fällt. Bei dieser Sachlage muß angenommen werden, daß das StGB., welches älter als das PreßG. ist, den Redakteur unter „Herausgeber" mit habe begreifen wollen; Frank N. IV 1, Rüd.-St. N. 6, Köbner Einziehung S. 33, Klöppel RPreßr. S. 462.

b) „Verleger" ist derjenige, bei dem das Preßerzeugnis strafb. Inhalts tatsächlich erschienen ist, gleichgültig ob die Druckschrift auf eigene oder auf fremde Rechnung vertrieben wird, und ohne Rücksicht auf die etwaige Berechtigung gegenüber dem Verfasser oder dessen Rechtsnachfolger. Vgl. Kayser HH. 4 576.

c) „Buchhändler" ist der, welcher die Verlags- und die sonstigen Geschäfte des Buch- o. Kunsthandels als Handelsgewerbe betreibt; HGB. § 1 Nr. 8. Es erhellt hieraus, daß unter dem „Verleger" (b) nicht bloß ein Verlagsbuchhändler zu verstehen ist, sondern auch derjenige, bei dem ein einziges Mal ein Preßerzeugnis erscheint.

11) Die Gefahr der Verbreitung wird gleichfalls angenommen und demgemäß die Unbrauchbarmachg. durch § 41, ferner vorgeschrieben bezüglich der „öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare". Wann die Öffentlichkeit anzunehmen sei, unterliegt der richterlichen Beurteilung nach Maßgabe der konkreten Umstände. Wie jedoch die Motive zu §§ 121—144 richtig hervorheben, ist dem Sprachgebrauche gemäß eine Handlung nur dann als öffentlich geschehen zu betrachten, wenn sie in einer Art und Weise vorgenommen wurde, daß sie, unbestimmt von welchen und wie vielen Personen, wahrgenommen werden konnte, während, wenn sie so vorgenommen wurde, daß sie nur für die Wahrnehmung gewisser Personen bestimmt war und, von Zufälligkeiten abgesehen, auch nicht von diesen bemerkt werden konnte, eine Öffentlichkeit nicht anzunehmen ist. Mit Frank N. IV 3, Oppenh.-D. N. 16 u. v. Schwarze N. 4 ist daher die Unbrauchbarmachg. der in einer geschlossenen Gesellschaft ausliegenden Exemplare für unstatthaft zu erachten. Wesentlich ist für den Begriff des öffentl. Auslegens u. Anbietens die Zugänglichmachung des Exemplars für einen nicht abgeschlossenen Kreis von Personen, wobei das „Auslegen" auf objektive Maßnahmen, das „Anbieten" dagegen auf persönliche Handlungen deutet, durch welche die Zugänglichmachung bewirkt werden soll. Ein öffentl. Anbieten ist jedenfalls auch in der Einrichtung einer Leihbibliothek zu sehen, wodurch Leselustige in unbeschränkter Zahl zur Lektüre aller in der Bibliothek vorhandenen Bücher aufgefordert werden; so: Oppenh.-D. N. 17, Rüd-St. N. 7; aM. Rubo N. 11.

12) Falls der strafb. Inhalt einer Schrift rc. i. S. der obigen N. 5 feststeht, ist die Unbrauchbarmachg. aller im Besitze der in Abs. 2 bezeichneten Personen befindlichen Exemplare geboten ohne Rücksicht darauf, ob die Person, bei welcher sie in Beschlag genommen worden sind, in Beziehung auf dieselben einer strafb. Hdlg. sich schuldig gemacht hat oder nicht; Berlin 20. Sept. 76, 7. Feb. 77, St. 6 149, 7 3.

13) Die durch Abs. 2 angeordnete Beschränkung der Unbrauchbarmachg. auf die daselbst bezeichneten Exemplare braucht in der Urteilsformel nicht zum Ausdruck gebracht zu werden, da sie kraft Gesetzes Platz greift und eine im Anschluß an den Wortlaut des Abs. 1 ausgesprochene Unbrauchbarmachg. aller Exemplare (vgl. RG. II 30. Sept. 81, 20. Apr. 88, E. 5 101, 17 311) unter der Beschränkung des Abs. 2 zu verstehen ist.

Zu § 41 Absatz 3. N. 14.

14) Nach Abs. 3 soll „eine Ausscheidung" der inhaltlich strafb. Teile der Schrift rc., „insofern eine solche möglich ist", vorgenommen und lediglich deren Unbrauchbarmachg. bzw. diejenige der entsprechenden Teile der Platten und Formen „ausgesprochen" werden, „damit — wie die Motive sagen — die Präventivmaßregel die Grenzen ihres Zweckes nicht überschreite." Ob eine solche Ausscheidung möglich sei, unterliegt der tatsächlichen Prüfung des Richters und kann deshalb mittels der Revision eine bezügliche Abänderung des ersten Urteils nicht erzielt werden; so: RG. II 10. Jan. 82 R. 4 29, Berlin 19. Dez. 78 O. 19 588; aM. Klöppel RPreßr. S. 463.

Aus den Worten „ist auszusprechen" folgt, daß hier, abweichend von dem in N. 13 btr. der Vorschr. des Abs. 2 Bemerkten, eine ausdrückliche Anordnung erforderlich ist.

Digitized by Google

§. 42.

Ist in den Fällen der §§. 40 und 41 die Verfolgung oder die Verurtheilung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so können die daselbst vorgeschriebenen Maßnahmen selbständig erkannt werden.

PrStGB. § 20 Abs. 2. Entw. I § 32 Abs. 2, II § 40. StB. S. 219, 1147.

Vgl. StPO. § 477, EG. zur MStGO. § 16, PressG. § 14, G. btr. d. Küstenfrachtfahrt v. 22. Mai 1881 § 3, G. btr. d. Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe v. 22. Juni 1899 § 18.

1) Durch die Gestattung eines sog. objektiven Verfahrens ist, wie die Motive bemerken, „der Strafgewalt die nötige Handhabe gewährt, namentl. zur Verhütung fernerer Verbr., dem Gesetze selbst dann Genüge zu verschaffen, wenn aus zufälligen Umständen die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht erfolgen kann." Es ist die Handhabung einer rein polizeilichen Präventivmaßregel in die Hände der Gerichte gelegt. Soweit § 41 in Betracht kommt, ist dies selbstverständlich für alle diejenigen, die im § 41 selbst nur eine polizeil. Präventivmaßregel angeordnet sehen; vgl. N. 1 das. u. insbs. das dort zit. RG. E. 14 161. Aber auch soweit es um § 40 sich handelt, gilt nichts anderes; denn auch die auf § 40 sich stützenden selbständig erkannten Maßnahmen sind keine Strafen, da solche nur gegen bestimmte, im geordneten Verfahren für schuldig befundene Personen verhängt werden können; so außer Berner (vgl. o. § 40 N. 1): Binding Hb. 1 497 u. Grundr. S. 216, Hälschner 1 633, v. Liszt S. 251, H. Meyer S. 396, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, M. Friedländer Obj. Verfahren (Diss. Leipzig 1895) S. 21; aM. außer den Motiven: ROHG. 18. Juni 75 Entsch. 18 123, Berlin 23. Nov. 73 St. 7 3, Francke G. 20 20, John StRZ. 12 62, Glücksmann Rechtskraft S. 16.

2) Wenn es auch im § 42 lediglich um eine polizeil. Maßregel sich handelt, so ist deren Verhängung durch das Gericht dennoch an fest bestimmte Voraussetzungen geknüpft; liegen diese nicht vor, so mag eine Einzhg. oder Unbrauchbarmchg. immerhin im polizeil. Interesse geboten sein und auch nach Maßgabe der R.- o. Landespolizeigef. durch Polizeibehörden vorgenommen werden können, jedenfalls aber entziehen sich die gedachten Maßregeln der Zuständigkeit der Gerichte; Hälschner 1 633, v. Schwarze S. 88.

3) „In den Fällen der §§ 40 und 41" können die daselbst vorgeschriebenen Maßregeln selbständig erkannt werden, falls die Verfolgung o. Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist. Deshalb müssen, soweit nicht durch diesen letzten Satz eine Einschränkung bedingt wird (N. 4), sämtliche Voraussetzungen des § 40 o. des § 41 vorliegen, wenn das sog. objektive Verfahren soll Platz greifen können; RG. I 21. Dez. 82 E. 7 428 (allgemein), III 17. Juni 97, IV 6. März 03, E. 30 194, 36 145 (jenes btr. § 166, dieses btr. § 130), ferner das § 40 N. 9_4 zit. I E. 21 431 (btr. Unzulässigkt. der Einziehung eines eingeschmuggelten Pferdes). Liegen die Voraussetzungen sowohl für §§ 40, 42, als auch für §§ 41, 42 vor, so können die im § 40 u. im § 41 angeordneten Maßregeln selbständig nebeneinander für anwendbar erachtet werden; zit. RG. E. 36 145; vgl. § 41 N. 2.

a) Mit Rücksicht auf die Voraussetzungen des § 40 folgt hieraus zunächst positiv, einmal daß auch für § 42 der Tatbestand eines mindestens versuchten V. o. V. vorliegen muß, da sonst nicht ein „Fall" des § 40 (das. N. 9_2) in Frage sein könnte (RG. IV 7. Okt. 87, I 8. März 94, E. 16 268, 25 165, jenes freilich mit der Beschränkung, daß der Tatbestand „jedenfalls objektiv" vorliegen müsse); dann daß ein auf die §§ 40, 42 sich stützendes Einziehungsverfahren nur gg. Gegenstände, die dem Täter o. Teilnehmer eines vorsätzl. Deliktes gehören, sich richten kann; RG. III 11. Feb. 89 (unzulässig sei deshalb ein objektives Verfahren auf Einziehung von Jagdgerät, welches ein unbekannter Täter bei sich führte, ihm aber nicht erweislich gehörte; § 295), I 15. Feb. 92, E. 19 45, 22 351. Es folgt daraus ferner negativ, daß die Anwendbarkeit des § 42 i. V. mit § 40 ausgeschlossen ist, falls es an dem erforderlichen Deliktsvorsatz gefehlt hat (zit. RG. E. 25 165), deshalb insbs. auch falls der Täter wg. Unzurechnungsfgkt. (§§ 51 ff.) außer Verfolgung gesetzt werden mußte (RG. I 15. Okt. 96 E. 29 130), o. falls ihm der

Digitized by Google

Schutz des § 193 zur Seite stand (RG. II 19. Feb. 97 E. 29 401). Es ergibt sich aber ferner daraus, daß auf die Einzhg. von Gegenständen, welche durch ein fahrlässiges V. o. V. oder durch eine Übertr. hervorgebracht oder zur Begehung derselben gebraucht oder bestimmt sind, nicht selbständig erkannt werden kann; so: Finger 1 503, Geyer 1 162, Hälschner 1 633, H. Meyer S. 396, Frank N. II 1, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 7, Ullmann S. 573, Glücksmann Rechtskraft S. 14, Gerland GS. 59 310; aM. für die Übertretungsfälle, in denen die Einziehung einzelner Gegenstände besonders vorgeschrieben ist, mit den Motiven: München 6. Jan. 74, Berlin OTr. 20. Feb. 77, St. 4 72, 7 4, Berlin KG. 20. März 84, 25. Juni 91, Jahrb. 4 332, 11 291, München OLG. 1. Aug. 89, 2. Dez. 90, EOLG. München 5 367, 6 293, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 5, Köbner Einziehung S. 38. Berlin OTr. verkennt namentl., daß es nicht um die Frage sich handelt, ob die Einzhg. überhaupt zulässig sei, sondern nur, ob sie durch ein gerichtliches Urteil auszusprechen sei (N. 2); wenn ferner daselbst ein durch den Wegfall des § 333 PrStGB. veranlaßtes Redaktionsversehen angenommen wird, so kann dies einem an sich klaren Wortlaute gegenüber nicht ins Gewicht fallen und insbs. deshalb nicht eine Auslegung angenommen werden, die mit dem Wortlaut des Gesetzes in keiner Weise harmoniert. Es liegt hier der von Merkel, HH. 4 80 charakterisierte Fall vor, daß ein Text vorhanden ist, welcher nach Wortlaut und Sinn im Momente der Beschlußfassung wirklich gewollt war, jedoch nur gewollt war, weil man sich sein Verhältnis zu anderen Bestimmungen (nämlich namentl. zu den §§ 360, 367, 369) nicht deutlich gemacht, bzw. weil man die eigenen früheren Intentionen (nämlich die Übertretungen besonders zu behandeln) vergessen hatte.

b) Mit Rücksicht auf die Voraussetzungen des § 41 erscheint unbedingt das Vorliegen aller objektiven Tatbestandsmerkmale des besonderen in Frage kommenden Delikts erforderlich, da sonst nicht einmal die Verfolgung irgendeiner Person auch nur denkbar sein würde; so das eingangs dieser N. zit. RG. E. 30 194, das deshalb im Falle des § 166 zutreffend für das objektive Verfahren verlangt, daß durch die in der Schrift objektiv zu findende Gotteslästerung ein Ärgernis gegeben worden sei. Darüber, ob auch die subjektiven Erfordernisse vorliegen müssen, vgl. die folgende N.

4) Das obj. Verfahren ist „in den Fällen der §§ 40 u. 41" unter der Voraussetzung zugelassen, daß „die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist". Über die Bedeutung dieses Satzes hat lebhafter Streit geherrscht. Betont man jedoch mit dem N. 3 zit. RG. E. 30 194 das hervorgehobene Wort und sieht man auf den Zweck, der der Zulassung eines obj. Verfahrens offensichtlich überhaupt zugrunde liegt, so wird man den Motiven sich anschließen müssen, nach denen § 42 Anwendung findet, wenn die Verfolgung o. Verurteilung einer bestimmten Person „aus irgendeinem Grunde" nicht ausführbar erscheint, gleichgültig, ob dieser Grund ein tatsächlicher, wie Tod, Abwesenheit o. Unbekanntschaft der Person des Täters, ist oder ein rechtlicher. So jetzt die feste Praxis des RG., insbs., außer dem zit. E. 30 194: III 16. Feb. 81, I 25. Sept. 84, IV 15. Okt. 86, E. 4 87, 11 119, 14 382 (letzteres mit der Ausführung, daß es für eine Unterscheidung tats. u. rechtl. Hinderungsgründe an jedem inneren Grunde fehle, daß die Unterscheidung auch in der Wortfassung des § 42 keinen Ausdruck gefunden habe, im Gegenteil die Nebeneinanderstellg. von „Verfolgg." u. „Verurtlg." darauf hinweise, daß auch an die gesetzl. Strafausschließgsgründe gedacht sei, da das Vorhandensein derselben meist erst nach eingeleiteter Verfolgg. sich herausstelle; s. jedoch N. 8), auch Berlin OTr. 20. Sept. 76, 26. Sept. 78, 15. Mai 79, St. 6 149, O. 19 431, 20 260, KG. 20. März 84 Jahrb. 4 332, Finger 1 502 f., insbs. N. 655, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 6, John StRZ. 12 63 f., Köbner Einziehung S. 48. AM. (die Nicht-Ausführbarkeit sei nur auf tatsächliche Verhältnisse zu beziehen): Binding Grundr. S. 216, Geyer 1 162, Hälschner 1 634, Rubo N. 3, v. Schwarze S. 87, Glücksmann Rechtskraft S. 12.

5a) Geht man von dieser Auslegung aus, so ergibt sich zwar für § 42 i. V. mit § 40, daß hier auch der volle subjektive Tatbestand des btr. Delikts vorliegen muß, um ein obj. Verfahren möglich erscheinen zu lassen (denn § 40 hat eben ein „vorsätzliches"

Digitized by Google

Verbr. o. Verg. zur Voraussetzung), sowie ferner, daß die einzuziehenden Gegenstände „dem Täter o. Teilnehmer" gehören.

b) Anders dagegen, falls das obj. Verfahren auf § 42 i. V. mit § 41 sich stützt. Ist hier eine „bestimmte" Person aus irgendeinem Grunde nicht zu verfolgen oder zu verurteilen, so kann die Unbrauchbarmachung der Schrift im obj. Verfahren dennoch erfolgen, wenn nur der volle objektive Tatbestand vorliegt und die Verfolgg. u. Verurtlg. einer Person wenigstens überhaupt denkbar erscheinen läßt; das ist aber nicht der Fall, wenn jemand bei Veröffentlichung der Schrift in Notwehr handelte (§ 53 N. 5_2) o. zur Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 N. 1); Kohler G. 49 7. Das gilt namentl. dann, wenn wg. mangelnden subjektiven Tatbestandes nachweislich niemand sich strafbar gemacht hat, sei es, daß ein subjektives Verschulden aus allgem. Gründen zu verneinen ist, sei es, daß ein besonderer Strafausschließungsgrund vorliegt. So die N. 4 zitt. RG. E. 4 87, 11 119, 30 194; ferner: I 12. Juli 80, 15. Feb. 92, 18. Dez. 99, II 24. Feb. 99, E. 2 220, 22 351, 33 17, 32 53, II 10. Jan. 82, I 22. Dez. 84, R. 4 29, 6 837, Berlin 20. Sept. 76 St. 6 149, Binding Grundr. S. 216, Finger 1 504, Frank § 41 N. II 3, Oppenh.-D. N. 4, Köbner Einziehung S. 51, Klöppel RPreßr. S. 463. AM.: Hälschner 1 634, H. Meyer S. 396, v. Schwarze S. 87, Francke G. 20 21, John StRZ. 12 62, 65, Kleinfeller RG. btr. Nichtöffenlichkt. d. Gerichtsverhdlgen S. 214, u. f. d. Fall des Vorliegens des Preßerzeugnisses eines Geisteskranken Kohler G. 49 7. Auch bei eingetretener Verjährung der Strafverfolgung ist hiernach, obschon der Strafanspruch materiell untergegangen ist (§ 66 N. 4), dennoch das objektive Verfahren zulässig; so: RG. IV 15. Okt. 86 E. 14 382, II 7. Jan. 87 R. 9 15, ROHG. 18. Okt. 78 Entsch. 24 131, Berlin KG. 20. März 84 Jahrb. 4 332, Berner S. 234, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze S. 87, John StRZ. 12 67, Köbner aO. S. 49, Klöppel RPreßr. S. 333, Kohler G. 49 7; aM.: Binding Hb. 1 834 N. 4 u. Grundr. S. 216, Finger 1 503, Hälschner 1 634, H. Meyer S. 396, Frank N. 1, Rubo N. 3, M. Friedländer Obj. Verfahren S. 13, Glücksmann aO.

6) Auf Grund besonderer Vorschriften des StGB. ist das objektive Verfahren in folgenden Fällen unzulässig:

a) Im Falle des § 12 (das. N. 7).

b) In den Fällen der sog. Antrags- u. Ermächtigungsdelikte beim Nichtvorliegen des Antrages bzw. der Ermächtigung, weil hier das öffentl. Interesse zurücktritt und beim Mangel dieser Voraussetzungen ein strafrechtl. Einschreiten (von gewissen vorläufigen Maßregeln abgesehen) überhaupt nicht stattfinden soll. So: RG. I. 25. Sept. 84, IV 15. Okt. 86, E. 11 119, 14 382, ROHG. 18. Juni 75 Entsch. 18 124, Binding Grundr. S. 217, Finger 1 502 N. 654, Hälschner 1 634, H. Meyer S. 396, Frank N. 1, Rubo § 61 N. 14, Rüd.-St. N. 5 u. § 61 N. 31, Samuely GS. 32 16 A. **, Köbner Entziehung S. 53, M. Friedländer Obj. Verfahren S. 13, Köhler Strafantrag S. 120. AM.: München 21. März 74 St. 3 279, Berner S. 234, Oppenh.-D. N. 1, Fuchs Anklage S. 154 ff., Neffel Antragsber. S. 37, Reber Antragsdel. S. 142 sowie btr. § 41 Klöppel RPreßr. S. 462. Berlin hat zwischen den Fällen des § 40 und des § 41 unterschieden und demgemäß die Unbrauchbarmchg. einer Schrift (§ 41) trotz fehlenden Strafantr. für zulässig (z. B. 6. März 72, 3. Apr. 74, St. 1 257, O. 15 252), dagegen die Einziehung eines Gegenstandes (§ 40) wegen Mangels eines Strafantr. für unzulässig erachtet (23. Nov. 86 St. 7 3), dieses schließlich aber (1. Nov. 78 O. 19 510) dahin abgeschwächt, daß eine Einzhg. auf Grund des § 42 dann nicht zulässig sei, „wenn im Gesetze nicht nur die Strafverfolgung einer Person, sondern die Maßregel der Einziehung selbst von einem Antrage abhängig gemacht ist, wie solches nach den §§ 12, 16 des PrNachdrucksG. v. 11. Juni 1837 der Fall gewesen sei".

7) Aus der Voraussetzung des § 42, daß die Verfolgung „keiner" bestimmten Person ausführbar sei, folgt, daß, wenn bei einer Beteiligung mehrerer Personen an der btr. Straftat die Verfolgung auch nur einer von ihnen ausführbar ist, das selbständige Erkennen auf die in den §§ 40 u. 41 vorgeschriebenen Maßnahmen insoweit unzulässig ist, als sie in dem gegen die Person ergehenden Urteile hätten ausgesprochen werden können. Ist dagegen zwar einer der Teilnehmer verfolgbar, kann aber eine Einzhg. in dem Urteile

Digitized by Google

nach § 40 deshalb nicht geschehen, weil die verfolgte Person nicht Eigentümer des Gegenstandes war, so ist alsdann das selbständige Erkennen der Maßnahme zulässig und zwar formell ev. gleichzeitig in dem Urteile, welches auch gegen die Person ergeht; aM. Rubo N. 4.

8) Gleichgültig ist für die Anwendbarkeit des § 42, ob schon die „Verfolgung" oder erst die „Verurteilung" unausführbar ist; die Verfolgung kann zunächst ausführbar sein, während die Verurteilung z. B. dadurch unausführbar wird, daß der Angeklagte dauernd in Geisteskrankheit verfällt. Wenn gegen eine bestimmte Person eine Untersuchung eingeleitet wird, demnächst aber sich herausstellt, daß der Täter eine andere Person sei, gegen welche die Verfolgung nicht ausführbar ist, so war zwar anscheinend die Verfolgung einer bestimmten Person ausführbar, während erst nachher die Unausführbarkeit sich herausstellt. Ob eine Verfolgung bzw. Verurteilung früher ausführbar gewesen, ist für die Anwendbarkeit des § 42 gleichgültig, wenn sie nur zu der Zeit, wo die Maßregel selbständig erkannt werden soll, unausführbar ist.

Außer Anwendung bleibt § 42, wenn die Vollstreckung eines früheren, auf Einziehung lautenden Urteils wg. Verjährung (§ 70) unstatthaft ist; denn die Gleichstellung der Unausführbarkeit der Strafvollstreckung mit derjenigen der Verfolgung 2c. würde eine unzulässige Analogie sein (Merkel HH. 4 85); so M. Friedländer Obj. Verfahren S. 13 N. 1; aM. Oppenh.-D. N. 7.

9) Beim Vorliegen der unter N. 3—7 bezeichneten Voraussetzungen „können" die qu. Maßregeln „selbständig" erkannt werden. Den Gegensatz hierzu bildet die Vorschrift in den §§ 40 u. 41, wonach die Einzhg. bzw. Unbrauchbarmchg. „im Urteile auszusprechen" ist. Deshalb und mit Rücksicht auf den ähnlichen Gebrauch des Wortes „Können" in § 4 (das. N. 6) und § 30 (das. N. 3) ist anzunehmen, daß es zwar — in Ausnahme des durch StPO. § 152, statuierten Legalitätsprinzipes (Löwe-H. StPO. §§ 152 N. 5b, 477 N. 4b) — von der StAschaft abhängt, ob das selbständige Erkennen herbeizuführen, da diese (von nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen) allein darüber zu entscheiden hat, ob gegen jemand die öffentliche Klage zu erheben sei (RG. III 5. Apr. 83, II 24. Mai, 7. Jan. 87, E. 8 238, 16 114, R. 9 15), daß aber die fraglichen Maßnahmen nicht in das Ermessen des Richters gestellt sind, dieser vielmehr auf dieselben erkennen kann bzw. muß, je nachdem das Gesetz die Maßregel fakultativ oder obligatorisch vorschreibt. Hiernach muß ev. auf Unbrauchbarmchg. nach § 41 und auf Einzhg. nach §§ 152, 295 und 296a erkannt werden, während nach § 40 auf Einzhg. erkannt werden kann; so: RG. IV 31. Jan. 96 E. 28 122, Berlin 20. Sept. 76 St. 6 149, Rüd.-St. N. 2, Ullmann S. 573, Klöppel NPreßr. S. 463; aM.: Oppenh.-D. N. 9 u. § 295 N. 8, Rubo N. 2, Köbner Einziehung S. 66, M. Friedländer Obj. Verfahren S. 23 f.

Hat die StAschaft eine Entschließung darüber, ob die Verfolgung o. Verurtlg. einer bestimmten Person nicht ausführbar sei, noch nicht gefaßt (Abs. 1), so ist für den Fall, daß der strafb. Inhalt einer Schrift (§ 41) zwar festgestellt, dennoch aber Freisprechg. des Angekl. aus subjektiven Gründen erfolgt ist, das Gericht keineswegs unbedingt verpflichtet, die Unbrauchbarmchg. auszusprechen; vielmehr ist davon abzusehen, wenn dem erkennenden Richter z. B. der Urteilsfällg. die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 42 — die Nichtausführbarkeit der Verfolgung einer best. Person — nicht zutreffend erscheint; die Unbrauchbarmchg. bleibt dann einem anderweiten Verfahren vorbehalten; RG. II 24. Feb. 99 E. 32 53.

10) Während beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 40, 41 die btr. Maßnahmen nur in dem gegen den Beteiligten oder Einen der Beteiligten ergehenden Urteile ausgesprochen werden können (§§ 40 N. 12 ff., 41 N. 6), kann das selbständige Erkennen der Maßregeln jederzeit erfolgen, also entweder in einem Urteile, wodurch eine verfolgte Person freigesprochen, oder ev. in einem solchen, wodurch der Nichteigentümer verurteilt wird (N. 7), oder später auch formell ganz selbständig oder endlich auch zeitlich nacheinander, wenn das Verfahren bisher nur einen Teil der zulässigen Maßregeln betraf.

11) Wegen seines objektiven Charakters ist das Verfahren nicht geeignet, die Verjährung der Strafverfolgung gegen den Täter zu unterbrechen; § 68 N. 7.

Digitized by Google

12) Das Verfahren richtet sich nach StPO. Buch VI Abschn. 5. Die hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit im § 477 das. getroffene Bestimmung ist jedoch unvollständig.

Zweiter Abschnitt.
Versuch.

1) Die Materie des strafbaren Versuches i. S. des EG. § 2 (das. N. 3) ist im Abschn. 2 für geregelt zu erachten; so die GM.; weitergehend Binding Hb. I 306, die „Begriffe: Vollendung u. Versuch" seien nach Ansicht (Absicht?) der Reichsgesetzgbg. absolut vollständig geregelt; vgl. § 43 N. 2.

2) Bezüglich des Verhältnisses der Landesgesetzgbg. zu den Vorschriften des Abschn. 2 greifen die Bemerkungen in den N. 11 ff. zum EG. § 2 Platz; vgl. auch: Finger I 156, 309 N. 394, v. Liszt S. 208 N. 10, Frank EG. § 2 N. VI. Im einzelnen ist zu vgl. § 43 N. 8_2 (btr. Bestrafg. d. Vers. einer Übertr.), 15 (dsgl. der Vorbereitungshdlgen), § 44 N. 11 (dsgl. einer Versuchshdlg. mit der Strafe der vollendeten Tat).

§. 43.

Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

PrStGB. §§ 31, 33, 336 Abs. 1. Entw. I §§ 37, 39, II § 41. StB. S. 222—225.

Anfang d. Ausführg. 11,
insbs. Anfang 14.
Ausführung 12, 13.
Anstiftung z. Vers. 29,
versuchte Anst. 29.
Beabsichtigtes Verbr. 25.
Beihilfe s. Anstiftung.
Belästigung 10.
Definition? 2.
Dolus 6, 7.
Entschluß 4, 5.
Entstehungsgeschichte 1.
Erfordernisse d. strafb. Vers.
objektives 9,
subjektives 4,
negatives 25.
Idealkonkurrenz mit voll. Vbr. 31.
Strafbarkeit d. Vers. Regel 2,
Ausnahmen 3.
Subjektive Theorie 4.
Verjährung 32.
Versuch, insbs. bei Vergehen 30, bei Unterlassungsdel. 27, bei selbstdg. Versuchs- u. Vorbereitungshdlgen 28,
fahrlässiger 10,
straftoser 3a.
untauglicher 18, insbs.
an untaugl. Objekt 20,
bei fehlendem Objekt 21,
mit untaugl. Mitteln 22,
insbs. mit absolut untaugl. 23, 24.
Versuch, ausgeschlossen bei fahrl. Delikten 5,
bei Uebertr. 8.
Versuchshandlungen, Ermittelung derselben 16—18, unter selbstdg. Strafandrohg. 3b.
Verübung eines V. 6.
Vollendung, mangelnde, 25.
Vorbereitung, Begriff 12.
Vorbereitungshandlungen 15,
Unterschied von Versuchshdlgen 16,
unter selbständiger Strafandrohg. 3c.

Entstehungsgeschichte N. 1.

1) Der § 31 PrStGB. lautete:

„Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist."

Während John, Entwurf S. 201, damit sich begnügen wollte, lediglich „für die Bestrafung des Versuches eines Verbrechens maßgebende Bestimmungen" aufzustellen, schloß der demnächst zum Gesetz erhobene Entw. II im § 41 — ausweislich der Motive — insoweit sich den auf der PGO. Art. 178 fußenden bestehenden Gesetzgbgen an, daß „der Anfang der Ausführung des Verbr." als „Merkmal für Unterscheidung strafbarer und straffreier Versuchshdlgen anerkannt wurde". In Abweichung vom PrStGB. beschränkte sich der Entw. aber darauf, „den Anfang der Ausführung eines V. o. V. für strafbaren Versuch zu erklären", während die weitere Vorschrift des PrStGB., daß auch festgestellt werden müsse, die Vollendung des V. o. V. sei nur durch äußere 2c. Umstände gehindert worden, hier nicht aufgenommen, sondern als „Strafausschließungsgrund" (Strafaufhebungsgrund) im § 46 behandelt wurde.

Digitized by Google

Zu § 43 Absatz 1. N. 2—29.

2) Vergleicht man die Fassung des § 43_1 mit der Fassung vieler derjenigen §§., welche den Tatbestand der einzelnen strafb. Hdlgen enthalten, so könnte man zu der Annahme gelangen, daß, wie z. B. § 242 eine Definition des Diebst. aufstellt, so § 43_1 eine Definition des „Versuches" enthalte. Diese Annahme ist jedoch nach der Entstehungsgeschichte (N. 1) nicht zutreffend. Das PrStGB. enthielt eine, wenn auch wenig glücklich gefaßte, Definition „des strafbaren Versuches"; dem hat das RStGB., unter Aussonderung des nicht in diese Definition Gehörigen, sich angeschlossen. Es ist hiernach unrichtig zu sagen, § 43 stelle überhaupt keine Definition auf (einer jeglichen Definition enthielt sich nur der Johnsche Entwurf), während andererseits die Behauptung, § 43 definiere den Versuchsbegriff, zu weit geht. So im wesentlichen: Hälschner 1 342, Rubo N. 1. Dagegen nehmen an, daß der „Versuch" definiert sei: Binding Hb. 1 306 (vgl. jedoch auch Grundr. S. 120), Finger 1 309 N. 394, H. Meyer S. 199 N. 12, John StRZ. 12 84 (das G. habe die wesentlichen Merkmale des Versuchsbegriffs selbst aufgestellt, und zwar mit der Maßgabe, daß, wenn eine Hdlg. diese Merkmale aufweise, dieselbe allemal Vers. und zwar strafbarer sein solle, daß sie aber beim Fehlen eines der Merkmale überhaupt nicht Vers. sein solle), ähnlich Häberlin GS. 24 254, ferner v. Schwarze S. 92 u. Zimmermann G. 29 192; auch Cohn Versuch 1 37 f. ist hierher zu rechnen.

3) Nach der Ausführung in N. 2 stellt Abs. 1 die Bedingungen fest, unter denen der Versuch einer strafb. Hdlg. selbst strafbar ist; er enthält jedoch nur die Regel, die durch Ausnahmen verschiedener Art eingeschränkt wird: a) Eine Hdlg., welche nach der Regel des Abs. 1 als Versuch zu strafen sein würde, wird straflos gelassen; eine solche Ausnahme statuiert Abs. 2 des § 43. b) Eine Hdlg., welche nach der Regel des Abs. 1 nur als Versuch strafbar sein würde, wird als vollendete Tat bestraft. c) Eine Hdlg., welche nach der Regel des Abs. 1 als bloße Vorbereitungshdlg. ein strafloser Versuch sein würde, wird als vollendete Tat bestraft.

Die Ausnahmen der zu b) u. c) bezeichneten Art sind nicht allgemein getroffen, sondern in einzelnen Bestimmungen enthalten. Letztere sind doppelter Natur; entweder wird ausdrücklich der Versuch (§ 80) bzw. die Vorbereitung (§ 86) einer bestimmten strafb. Hdlg. unter eine besondere Strafandrohung gestellt, oder es wird nur tatsächlich eine Hdlg., die ihrem Wesen nach lediglich als bloßer Vers. oder gar als Vorbereitungshdlg. sich darstellt, formell vom Gesetzgeber als vollendetes Verbr. behandelt.

4) Der strafb. Vers. setzt zunächst voraus „den Entschluß, ein V. o. V. zu verüben" (N. 5—8). Es wird hiermit — und zwar erschöpfend — das subjektive Erfordernis für den Vers. bezeichnet, dem ein objektives Moment (N. 9) als zweites Erfordernis zur Seite zu treten hat, wenn der Tatbestand eines strafb. Vers. vorliegen soll.

Die sog. subjektive Theorie (N. 13, 14, 20, 23) verkennt, daß ein objektives Erfordernis selbständig neben jenes subjektive Erfordernis zu treten hat, damit ein strafb. Vers. als vorliegend angenommen werden könne; denn, wenn auch RG. III 18. Okt. 82 E. 7 118 sagt, daß gerade der „verbrecherische Wille in seiner äußerlich hervorgetretenen Erscheinungsform es sei, welcher die Strafbarkeit des Vers. wesentlich bedinge", so wird doch als diese „äußere Erscheinungsform" nicht objektiv „ein Anfang der Ausführung" gefordert (N. 13), sondern vielmehr auch dieses Erfordernis vollständig subjektiviert, indem es auch dann schon als vorliegend erachtet wird, wenn nur der Täter eine Tätigkeit entwickelt, die er für geeignet hält, den zur Vollendung gehörigen Erfolg herbeizuführen.

Bünger ZStrW. 6 352 ff. hat durch schärfere Sonderung der — tatsächlichen — Begriffe „Vorstellung und Wille" behufs Beurteilung der subjektiven Verschuldung eine Widerlegung der, namentl. auch vom RG. vertretenen, subj. Theorie und zwar vom subjektiven Standpunkte aus (ebenso Kroschel GS. 41 279 ff.) unternommen; aus dem Begriffe des „Willens", der nur insoweit existent sei, als Hdlg. existiere, wird abgeleitet, daß die Folgerichtigkeit der subj. Theorie dahin führe, einmal daß ein strafb. Versuchsdelikt dann nicht anzunehmen sei, wenn nicht wenigstens die Ausführung sämtlicher Tatbestandsmerkmale begonnen habe, dann aber, daß der sog. nicht beendigte Vers. straffrei bleiben müsse —

Digitized by Google

Konsequenzen, die aber die subj. Theorie keineswegs zieht (s. u. N. 14_2, § 46 N. 6); auch Baumgarten Vers. S. 358 ff. bekämpft das RG. vom subj. Standpunkte aus, insofern er behauptet, daß es beim Vers. am absolut untauglichen Objekte (s. u. N. 20) überhaupt zu keinem Versuch komme.

5) Aus dem in N. 4 Bemerkten erhellt, daß ein Vers. nur bei vorsätzlichen (§ 59 N. 16) oder, wie es im § 43 selbst heißt, bei „beabsichtigten" (N. 25_3) V. o. V. denkbar ist, nicht aber bei fahrlässigen.

Bei V. u. V., die nur für einen Teil des Tatbestandes Vorsatz erfordern, ist deshalb Versuch nur insoweit denkbar, als dies der Fall ist, im übrigen aber nicht. Dies gilt namentl. für die durch einen, nicht auf Vorsatz beruhenden, nach der GM. objektiven, Erfolg qualifizierten Delikte (E. I Abschn. 4 N. 3), bei denen Vers. nur denkbar, falls dieser Erfolg schon vor Vollendung der Tat eingetreten war; so: Finger I 317, v. Liszt S. 206, u. weitergehend Binding Lb. I 17, 52 selbst für den Fall des § 225 (das. N. 3); aM. Frank N. V 3c, der nur Vers. des einf. Delikts unter Umständen in Konkurrenz mit fahrl. Herbeiführung des schweren Erfolges, u. Thomsen Versuch S. 60, 85, der vollendetes qualif. Delikt annimmt.

Ist ein nicht zum Deliktstatbestande gehöriger Umstand objektive Bedingung der Strafbarkeit der Hdlg., so ist ein Versuch nur denkbar, wenn jener Umstand der im Versuchsstadium gebliebenen Hdlg. voranging oder nachfolgte; denn wenn der Gesetzgeber die vollendete Tat ohne den Eintritt jenes objektiven Umstandes nicht bestraft haben will, so sicher auch nicht die versuchte. So: v. Liszt S. 206, Frank N. V 4. Die von RG. I 9. Nov. 85 E. 13 41 bejahte Frage, ob ein strafb. Versuch des betrügl. Bankerotts auch ohne Zahlungseinstllg. o. Konkurseröffnung möglich sei, ist damit freilich noch nicht entschieden, weil diese letzteren vom RG. als Tatbestandsmerkmale angesehen werden; vgl. u. KonkursO. § 239 N. 5.

Im übrigen wird nicht erfordert, daß der Versuch auf Verübung eines bestimmten V. o. V. gerichtet gewesen sei; der Dolus, in jeder Form mit der Möglichkeit des Vers. vereinbar, kann vielmehr auch ein eventueller gewesen sein, in welchem Falle für die Qualifikation des Versuchs die schwerste der, wenigstens ev., beabsichtigten strafb. Hdlgen maßgebend ist. So: RG. II, III 22. Dez. 84, I 28. März 87, II 29. März 89, E. 12 64, 16 25, 19 90, Binding Grundr. S. 117, Finger I 310, Geyer I 130, Hälschner I 334, v. Liszt S. 202 N. 4, H. Meyer S. 204, Schütze S. 134, Rubo N. 2, Baumgarten Vers. S. 351 f. AM.: v. Wächter S. 209, v. Schwarze S. 97, v. Bar ZStrW. 18 534 ff., 540; bedenklich ist Frank N. I 1.

6) Der „Entschluß", in dem der Vorsatz gipfelt, muß dahin gerichtet sein: „ein V. o. V. zu verüben", d. h. eine als V. o. V. (N. 7) sich darstellende strafb. Hdlg. zu begehen (vgl. einerseits §§ 232_2, 303_4, andererseits § $274_{1,2}$). Hiernach muß der erforderliche Entschluß auf die Begehung der strafb. Hdlg. in allen ihren Tatbestandsmerkmalen, z. B. bei der Urkfälschg. aus § 267 sowohl auf die fälschliche Anfertigg. der Urk., als auch auf das Gebrauchmachen von derselben zum Zwecke der Täuschung, gehen; die Richtung des Entschlusses auf alle Tatbestandsmomente wird aber keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß die Verwirklichung eines Merkmals vom Eintritt gewisser tatsächlicher Voraussetzungen abhängig gemacht wird, so z. B. das Gebrauchmachen von der Urk. von dem Eintritt einer Zahlungsverpflichtung; RG. IV 27. Mai 87 E. 16 133.

7) Für die Strafbarkeit des Vers. wird „der Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben", erfordert. Da aber nicht einmal die Kenntnis von der Strafbarkeit einer Hdlg. zum Dolus gehört (§ 59 N. 33), so kann noch weniger die Kenntnis davon, daß die beabsichtigte Hdlg. ein V. o. V. darstellen werde, für ein Erfordernis der Strafbarkeit des Vers. angesehen werden. Es genügt vielmehr, daß nach näherer Ausführung der N. 6 der Entschluß vorlag, Tatbestandshdlgen vorzunehmen, die objektiv als V. o. V. sich darstellen.

8) Aus dem N. 7 bezeichneten Erfordernis folgt, daß das StGB. den strafbaren Vers. einer Übertretung nicht kennt; vgl. jedoch N. 2.

Digitized by Google

Insoweit die Landesgesetzgbg. innerhalb des ihr nach EG. § 2_3 überlassenen Gebietes nicht ausdrücklich abweichende Bestimmungen getroffen hat, ist deshalb der Vers. einer auf Grund der „besonderen Vorschriften" des Landesstrafr. strafb. Übertr. für straflos zu erachten. Dagegen steht der Landesgesetzgbg. das Recht zu, die Strafbarkeit eines solchen Vers. auszusprechen (EG. § 2 N. 13), wie es z. B. das PrFDG. § 4 getan hat; Finger 1 309 N. 394, v. Liszt S. 208 N. 10, Frank EG. § 2 N. VI.

9) Das objektive Erfordernis für die Strafbarkeit des Vers. (N. 4) ist, daß der auf Verübung eines V. o. V. gerichtete Entschluß „durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses V. o. V. enthalten, betätigt sei" (N. 10—24).

10) Das Erfordernis der „Betätigung" des Entschlusses durch Hdlgen setzt vorsätzliche Hdlgen voraus, weshalb es einen fahrlässigen Vers. nicht gibt. So die GM.

11) Der Entschluß muß durch Hdlgen betätigt sein, welche „einen Anfang der Ausführung" des beabsichtigten V. o. V. „enthalten". Dieses durch die ganze Ausdrucksweise des Gesetzes (vgl. dagegen § 82 N. 1_3) als ein objektives hingestellte Erfordernis stimmt, wie die Motive hervorheben, sachlich mit dem in der PGO. Art. 178 durch die Worte „etliche scheinliche wercke, die zu Volnbringung der missethat dienstlich sein mögen" aufgestellten überein, während der im RStGB. beibehaltene Wortausdruck des PrStGB. § 31 an den des Code pénal art. 2 in seiner Fassung nach dem französischen G. v. 28. Apr. 1832 „Toute tentative de crime, qui aura été manifesté par un commencement d'exécution" sich anlehnt; vgl. Goltd. Mat. 1 252 ff. sowie Baumgarten Vers. S. 110 ff., 143 ff., 280.

12) Die „Ausführung" eines V. besteht in der Vornahme der Gesamtheit derjenigen Hdlgen, die zur Erfüllung des Tatbestandes des V. notwendig sind; vgl. §§ 46^1, 47, 82, 83. Der „Ausführung" in diesem Sinne steht die Vorbereitung eines V. begrifflich gegenüber; diese umfaßt solche Hdlgen, welche zwar nicht zum Tatbestande des beabsichtigten V. gehören, dennoch aber bereits dessen Begehung bezwecken, indem sie bestimmt erscheinen, die Ausführungen der Tat zu ermöglichen o. zu erleichtern; RG. III 20. Nov. 80 E. 3 136. Hiergegen wendet sich H. Meyer S. 206 f. u. „Anfang der Ausführung", insbs. S. 25, weil in vielen Fällen nicht ein bestimmtes Tun, sondern die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges unter Strafe gestellt sei; maßgebend sei vielmehr, ob die Hdlg. ihrer allgemeinen Beschaffenheit nach als eine unumgängliche Bedingung des Erfolges sich darstelle. Zu einem übereinstimmenden Ergebnisse über die Abgrenzung des Gebiets der Versuchs- u. Vorbereitungshdlgen ist man allerdings weder in der Theorie noch in der Praxis gelangt; vgl. RG. III 17. Dez. 85 E. 13 212, unbestritten sei nur, daß von einem Anfange der Ausfhrg. nicht gesprochen werden könne, wenn durch die Hdlg. lediglich die Herbeischaffung der Mittel o. Werkzeuge zur Begehung der Straftat selbst o. zur Realisierung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals bezielt o. erreicht sei; s. u. N. 14.

13) Wenn das Gesetz von der „Ausführung dieses V. o. V.", d. h. des beabsichtigten V. o. V. spricht, so ist durch die Wortfassung jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß es eben um die Ausführung des V. selbst sich handeln muß, nicht aber bloß um die Ausführung des verbrecherischen Entschlusses; so: Birkmeyer Enzyklp. S. 1118 u. Teiln. S. 92, Häberlin GS. 24 268, Scherer GS. 24 486, Cohn Versuch 1 41, Lammasch Obj. Gefährlichkeit S. 40; s. jedoch u. N. 14. Ferner handelt es sich um die „Ausführung" im objektiven, nicht im subjektiven S.; so: v. Liszt S. 183, Lucas S. 77, Birkmeyer Teiln. S. 92; dagegen RG. VStS. 24. Mai 80 E. 1 439, die Worte seien einer doppelten, nach dem Wortlaute des Gesetzes gleichberechtigten Auslegung fähig, indem sie verstanden werden könnten entweder von solchen Hdlgen, welche imstande seien, den zur Vollendung gehörigen Erfolg herbeizuführen (Anfang der Vollendung des V.), oder von solchen, welche der Täter für geeignet halte, diese Wirkung zu äußern (Anfang der Ausführung des Täters); vgl. aber das den § 49a (das. N. 9) btr. RG. I 21. Juni 00 E. 33 321, nach dem solche Handlgen eines Menschen, die völlig außerhalb sowohl der physischen als auch der psychischen Kausalität liegen, als strafbare Äußerungen nicht gelten können, wie Aufforderung zur Tötung eines Menschen durch Beschwörungen o. Sympathiemittel.

Digitized by Google

14) Ein „Anfang" der Ausführung eines V. kann unter Zugrundelegung der o. N. 12 vertretenen Ansicht nur dann angenommen werden, wenn die Tätigkeit bereits eine zum gesetzlichen Tatbestande des V. gehörige Handlung selbst betraf; aM. die sog. subjektive Theorie (N. 4_2); vgl. jedoch RG. IV 20. Mai 87 E. 16 111, nach welchem der strafb. Versuch erfordert, daß der Täter zur Verwirklichung des erforderlichen Entschlusses schreite, indem er eine als Ausführungshdlg. sich charakterisierende Hdlg. vornehme; ähnlich III 1. Dez. 87 N. 9 687. Das ist aber schon dann der Fall, wenn eine derartige Tatbestandshdlg. begonnen wurde, während der Begriff des „Anfangs" nicht erfordert, daß sie bereits erfüllt sei; so einerseits RG. III 20. Nov. 80, 15. Feb. 82, E. 3 136, 6 46 (btr. Vers. aus § 140[1], bzw. des aus NahrungsmG. § 12[1] strafb. Feilhaltens), andererseits RG. II 19. Okt. 83 E. 9 81, welches das Vorliegen eines Vers. aus § 243[2] verneinte, weil darin, daß jemand, mit Brechwerkzeugen versehen, an die Außenseite des Gebäudes herangekommen, nicht einmal der Anfang eines Einsteigens o. Einbrechens liege (N. 12 aE.); ferner: Oppenh.-D. N. 6, Waag GS. 32 129, Lammasch Obj. Gefährlichkeit S. 40. Davon ausgehend, daß in der Versuchshdlg. das „beabsichtigte V." nur erkennbar sich betätigt haben müsse — also vom Standpunkte der subjektiven Theorie aus (N. 4_3) — legen Rüb.-St. N. 3, v. Schwarze S. 106 u. namentl. Hälschner 1 336 kein Gewicht darauf, daß durch die Hdlg., abgesehen von der Absicht des Täters, an sich und nach seiner objektiven Beschaffenheit auch nur ein Teil einer Tatbestandshdlg. vorgenommen sei; ebensowenig Dresden 15. März, 7. Juni 72, St. 1 326, 2 71, welches es für genügend erachtet, wenn die Hdlgen tatsächlich den Entschluß des Täters, ein bestimmtes V. auszuführen, erkennen lassen. Dagegen kommt v. Wächter S. 207 f. mit der Formulierung, „der Täter müsse sich in die Tätigkeit gesetzt haben, die lediglich darauf gerichtet sei, in ihrer Kontinuität die Ausführung des V. zu bewerkstelligen", ausweislich der von ihm angeführten Beispiele praktisch zu denselben Ergebnissen wie die oben vertretene Ansicht.

Andererseits genügt es aber, wenn mit Einer derartigen Hdlg. begonnen ist, und wird keineswegs erfordert, daß mit sämtlichen zum Tatbestande gehörigen Einzelhdlgen bereits ein Anfang gemacht sei; so die GM., insbs.: RG. I 2. Okt. 82, 9. Nov. 85, III 18. Okt. 82, E. 7 54, 13 41, 7 118, I 4. Juni 96 G. 44 142; aM. Birkmeyer Teiln. S. 107 für den Fall, daß im gesetzl. Tatbestande neben der Ausführungshdlg. auch eine Vorbereitungshdlg. genannt sei, wie z. B. bei der Urkundenfälschung die Fälschung (§§ 267 f. i. V. mit § 270).

15) Den Gegensatz zu den Ausführungshdlgen bilden die bloßen Vorbereitungshdlgen (N. 12). Argumento e contrario ergibt sich grundsätzlich deren Straflosigkeit; demgemäß ist auch die Vorbereitung derjenigen Hdlgen, welche auf Grund der aufrecht erhaltenen besonderen Vorschriften des Landesstrafr. (EG. § 2_3) strafbar sind, straflos, wenn nicht die Landesgesetzgbg. ausdrücklich anders bestimmt hat. Zu einer solchen abweichenden Bestimmung ist sie um so mehr für berechtigt zu erachten (EG. § 2 N. 13), als das StGB. selbst in nicht wenigen Fällen den obigen Grundsatz durchbrochen und bloße Vorbereitungshdlgen unter Strafandrohungen gestellt hat (N. 3).

16) Während begrifflich Ausführungs- u. Vorbereitungshdlgen sich klar von einander scheiden (s. jedoch o. N. 12), ist die Entscheidung im konkreten Falle, ob diese oder jene vorliegen, dennoch oft schwierig, weil es, nach Berner S. 143, „in der Natur der Anfänge liegt, sich dem Auge des Beobachters leicht zu entziehen." Demnach ist es wesentlich Sache der tatsächlichen Feststellung, ob ein Anfang der Ausführung des beabsichtigten V. vorliege; vgl. Finger 1 310, der Unterschied sei ein fließender. Trotzdem ist eine Nachprüfung des Revisionsrichters, ob der erste Richter bei seiner Feststellung von einer richtigen Auffassung der in Betracht kommenden Rechtsbegriffe ausgegangen sei, nicht ausgeschlossen; so RG. II 9. Juli 80, 13. Jan. 82, R. 2 179, 4 44, III 20. Nov. 80, 1. Dez. 87, E. 3 136, R. 9 687; aM. Klee Wille u. Erfolg S. 22, es sei durchaus Tatfrage, ob Vorbereitgshdlg. o. strafb. Vers. vorliege.

17) Unrichtig würde es namentl. sein, wenn man mit John StRZ. 12 97 u. Hälschner 1 342 die Frage, ob Versuchs- o. Vorbereitungshdlg. vorliege, lediglich nach dem Gesichtspunkte entscheiden wollte, ob die vorgenommenen Hdlgen „den Willen des Täters, ein be-

Digitized by Google

stimmtes V. begehen zu wollen, aus sich selbst erkennen lassen" oder nicht. So beachtenswert dieser Gesichtspunkt de lege ferenda ist, dem geltenden Rechte entspricht er nicht; denn nach § 43 ist der Beginn einer Tatbestandshdlg. eines V. schon dann als strafb. Vers. anzusehen, wenn sie vom Täter subjektiv zur Betätigung seines verbrecherischen Entschlusses (N. 5) vorgenommen wird, mag sie auch objektiv durchaus nicht erkennen lassen, daß der Täter ein V., und ev. welches, begehen wolle; Finger 1 313 N. 397, v. Liszt S. 204 N. 4, Merkel ZStrW. 1 577. Demnach ist man behufs Ermittelung der, vor allem zu ergründenden, Willensrichtung (vgl. RG. III 18. Okt. 82 E. 7 118) keineswegs auf die, häufig der verschiedensten Deutung fähige, äußere Hdlg. angewiesen, vielmehr berechtigt, jedes Anzeichen heranzuziehen, namentl. aber auch solche Hdlgen, die zweifellos lediglich vorbereitender Natur sind.

18) Ist die verbrecherische Willensrichtung ermittelt, so ist weiter zu prüfen, ob die vorliegenden Willensäußerungen mindestens den Beginn einer zum gesetzlichen Tatbestande des beabsichtigten V. gehörenden Hdlg. enthalten. Ob solches der Fall, kann nur nach dem Tatbestande der einzelnen strafb. Hdlg. entschieden werden, wobei die N. 16 hervorgehobene Schwierigkeit hervortritt; vgl. RG. III 15. Okt. 83 E. 9 84, die Rechtsprechung müsse sich bescheiden, je nach der verschiedenen Natur der verschiedenen strafb. Hdlgen, die Grenzlinien der beginnenden „Ausführung" des einzelnen Deliktes, der Absicht der Gesetzgbg. und dem Rechtsbedürfnisse folgend, tunlichst zu bestimmen.

Zu beachten bleibt, daß nach der N. 14 vertretenen Ansicht stets der gesamte gesetzliche Tatbestand des V. zu berücksichtigen ist, also bei sog. qualifizierten V. namentl. auch die straferhöh. Umst., eine Auffassung, die insbs. das RG. teilt.

Es schließt sich hieran die Frage, ob gewissen Hdlgen, trotzdem sie zur Betätigung eines beabsichtigten V. vorgenommen werden, dennoch ihrer Natur nach die Eigenschaft als „Ausführungshdlgen" abgesprochen werden muß, d. h. ob es einen sog. untauglichen Versuch gibt. Über dessen Unterschied vom Putativdelikt vgl. T. I Abschn. 4 N. 1.

19) Die Regelung der Streitfragen, ob und inwieweit der Vers. an untauglichen Objekten (N. 20, 21) oder mit untauglichen Mitteln (N. 22—24) strafb. sei, ist nach den Motiven unterblieben, weil man „weder in der Gesetzgbg. noch in der Wissenschaft darüber bereits zu einem Abschluß gelangt", ja weil sogar die Vorfrage, „was überhaupt unter Tauglichkeit und Untauglichkeit von Mitteln oder Gegenständen zu verstehen sei", streitig sei. Man ist seitdem noch weiter gegangen; man hat nicht nur bestritten, daß die Frage, ob ein Vers. an einem untauglichen Objekt oder mit einem untauglichen Mittel begangen sei, überhaupt so gestellt werden dürfe, indem die Frage, ob im konkreten Falle ein versuchtes V. begangen sei oder nicht, durch die Anwendung des Rechtsgrundsatzes über versuchte und vorbereitende Hdlgen ihre Erledigung finde (John StRZ. 12 99), sondern man hat namentl. auch eine Unterscheidung zwischen Objekt und Mittel für ungerechtfertigt erklärt, weil „es sich lediglich um das kausale Verhältnis von Ursachen und Wirkungen, Bedingungen und Erfolg handele und in diesem Verhältnis alles, was in der Mitte zwischen Willensbestimmung und Erfolg liege, was ihr kausales Verhältnis vermittle, Mittel sei, wesentlich also auch das Objekt des Deliktes"; so Hälschner 1 348 f. Ist auch diese Ausführung richtig, so kann doch andererseits ebensowenig bestritten werden, daß das Objekt, gegen welches eine beabsichtigte Hdlg. sich richtet, logisch zu unterscheiden sei von den Mitteln, durch welche der zur Hdlg. Entschlossene jenes Objekt treffen will; vgl. Herz Versuch S. 8 f., 47, das Ziel müsse von dem Wege, auf dem es erreicht werden solle, unterschieden werden; ähnlich Kohler Studien 1 8, bei dem Gegensatze von Objekt u. Mittel sei nicht an die Relation der Dinge zum deliktuosen Erfolge, sondern zu der deliktuosen Tat, den deliktischen Bewegungserscheinungen gedacht. Dieses Verhältnis des Mittels zum Objekt ist aber praktisch von großer Wichtigkeit; es bedingt, daß es genügt, den „tauglichen" Objekten lediglich die „untauglichen" gegenüberzustellen (N. 20), während bei den Mitteln allerdings zwischen den relativ und absolut untauglichen zu unterscheiden ist (N. 22).

v. Liszt S. 219 unternimmt die Lösung der mit dem sog. untauglichen Vers. zusammenhängenden Streitfragen von dem Gesichtspunkte aus, daß nach § 43 keineswegs jeder Fall

Digitized by Google

des fehlgeschlagenen V. mit Strafe zu belegen sei, vielmehr aus der Tatsache, daß unser Rechtsbewußtsein je nach der Gefährlichkeit der Versuchshdlg. gegen dieselbe reagiere, die Straflosigkeit des ungefährlichen Versuchs zu folgern sei, d. h. desjenigen Vers., bei dem die Möglichkeit des Eintritts des vorgestellten Erfolges eine verschwindend kleine gewesen sei (vgl. übrigens § 52 N. 7), was lediglich auf Grund der Umstände, unter welchen die Versuchshdlg. vorgenommen wurde, zu beurteilen sei; demnach könne z. B. der Vers. der Abtreibg. an einer Nichtschwangeren unter Umständen strafbar sein (s. u. N. 21); ähnlich Zucker G. 36 374, 37 274, Klee Wille u. Erfolg, insbs. S. 15 ff., auch Finger 1 303 N. 386. Dem schließt auch im wesentlichen, was den Strafgrund betrifft, Bünger ZStrW. 6 361 f. sich an mit der weiteren Ausführung, daß, wenn jener nicht in der „Willensschuld" (s. o. N. 4a), sondern vielmehr in der durch die Vorstellung der Gefährdung hervorgerufenen Reaktion der sich bedroht fühlenden Gesellschaft liege, dann positiv gg. die Strafbarkeit des untaugl. Vers. ins Gewicht falle, daß er die Vorstellung der Gefährdung eines Rechtsgutes in der unmittelbaren Anschauung der nicht reflektierenden großen Menge nicht wachrufe. Den Gesichtspunkt der Gefährdung erachtet auch Kohler Studien 1 20 für entscheidend, aber nicht den der Gefährdung des Rechtsguts bzw. des das äußere Ziel der Hdlg. bildenden Objekts, sondern den der Gefährdung der Rechtsordnung; letztere sei vorhanden, wenn ein nach den Regeln der Naturordnung zum Erfolg führender Plan zur charakteristischen äußeren Ausprägung gelangt sei, während nicht notwendig sei, daß auch die Ausführung mit taugl. Mitteln o. gegen ein taugl. Objekt erfolge; ebenso Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 268.

Endlich beruht nach Löning S. 50 die ganze Lehre vom sog. untaugl. Vers. auf einer Verwechselung der absolut untauglichen Mittel für einen Erfolg (welche es nicht gebe) mit absolut unerreichbaren, d. h. erfahrungsmäßig auf keine Weise zu bewirkenden Erfolgen; Versuche zur Herbeiführung unmöglicher Erfolge seien freilich, weil nicht rechtswidrig, auch nicht strafbar. Mit dieser Ansicht berührt sich am nächsten diejenige, welche v. Rohland Gefahr S. 100 ff. vertritt; er gelangt S. 113 zu dem Resultat: der absolut untaugl. Vers. stelle sich, möge die Untauglichkeit durch die Beschaffenheit des Subjekts, Mittels o. Objekts gegeben sein, insoweit die Untauglichkeit eine notwendige sei, als Wahnverbr., insoweit sie eine bloß zufällige, als strafb. Vers. dar.

20) Ein untaugliches Objekt liegt vor, wenn der Gegenstand, gegen den im konkreten Falle die den verbrecherischen Entschluß betätigende Hdlg. sich richtet, unter keinen Umständen geeignet ist, die Vollendung des beabsichtigten V. zuzulassen, weil letzteres seinem gesetzlichen Tatbestande nach ein Objekt verlangt entweder anderer Art oder mit anderen Eigenschaften versehen als wie der, das Ziel der konkreten Hdlg. bildende, Gegenstand. So ist z. B. ein untaugliches Objekt: ein Leichnam, insbs. ein totgeborenes Kind, für die Verbr. „wider das Leben" (§ 211 N. 1), eine Person über vierzehn J. für das Sittlichkeitsverbr. aus § 176[3], eine eigene Sache für den Diebst. (§ 242). Eine gegen ein untaugliches Objekt in diesem S. gerichtete Hdlg. kann niemals, mag sie auch zur Betätigung des verbrecherischen Entschlusses vorgenommen sein, zur „Ausführung" des beabsichtigten V. führen, kann folglich auch „einen Anfang der Ausführung dieses V." nicht enthalten. Dieses Resultat ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst mit Notwendigkeit; man kann deshalb gegen die hier vertretene Auffassung nicht einwenden, daß nach den Motiven (N. 19) die Regelung der Frage nach der Strafbarkeit eines Versuchs am untauglichen Objekt unterblieben sei; diese Streitfrage ist auch im Gesetze nicht ausdrücklich gelöst; ihre Lösung kann aber doch nur aus dem Gesetze entnommen werden und dieses erfordert „einen Anfang der Ausführung" enthaltende Hdlgen, die nicht vorliegen, wenn sie nicht an sich zur Vollführung geeignet sind. So im Resultate, zum Teil lediglich auf Grund der positiven Fassung des § 43: Binding Hb. 1 693 f. u. Grundr. S. 119, Finger 1 304, Geyer 1 132 u. HRl. „Versuch", Lucas S. 84 f., Merkel S. 126, 132, H. Meyer S. 211 u. GS. 33 125, Schütze S. 136, Frank N. II Abs. 2, Oppenh.-D. N. 10, Baumgarten Vers. S. 358, Scherer GS. 20 486, Zimmermann G. 29 195, Hagemann G. 32 237 (der auch hier einen „Mangel des Objekts" annimmt; s. u. N. 21), Billnow G. 35 118 ff., Goldschmidt

Digitized by Google

Krit. Beleuchtung der Übergriffe d. histor. Schule u. d. Philosophie (Berlin u. Leipzig 1886) S. 45 ff. (gar nicht aus inneren Gründen, aber positiv nach dem Wortlaute des G. und dem Geiste des StGB.), Havenstein G. 36 35 ff., 37 130 ff., Huther G. 36 452 ff., Kroschel GS. 41 284, 43 216 ff., Klee Wille u. Erfolg S. 25, ferner Berner S. 92, 144 u. Schaper HH. 2 121, welche zu Unrecht (s. u. T. I Abschn. 4 N. 1_2) den Fall eines Putativdelikts für vorliegend ansehen. AM: RG. I 10. Juni 80 E. 1 451 btr. Kindesmordversf. an einem totgeborenen Kinde (wegen der Gründe wird lediglich Bezug genommen auf das u. N. 23 zitierte RG. VStS. 24. Mai 80), Stuttgart 26. Nov. 73, 27. März 78, St. 3 157, 8 67, Darmstadt 1. Feb. 75 GS. 29 498, ferner außer Hälschner u. den einen mittleren Standpunkt Einnehmenden (s. o. N. 19): v. Wächter S. 210, v. Schwarze S. 107, Häberlin, Stenglein, GS. 24 273, 43 228.

21) Der Untauglichkeit des Objektes (N. 20) steht das Fehlen eines Objektes gleich; deshalb kann ein strafb. Versf. auch da nicht angenommen werden, wo es für die beabsichtigte strafb. Hdlg. eines jeden Objektes gebricht, ev. das Objekt, gegen welches der verbrecherische Wille des Täters sich richtet, überhaupt nicht existiert; so die in N. 20 als mit der diesseitigen Ansicht übereinstimmend Angeführten, außer Finger 1 305 N. 389, der eine Mittelmeinung vertritt, u. Havenstein G. 36 41, 64 ff., der diesen Fall dem des Versf. mit untaugl. Mitteln gleichstellt (N. 22 f.), ferner Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 269; aM. RG. III 7. Juni 82, 30. März 83, R. 4 543, E. 8 198, I 14. März 01 E 34 217, alle btr. Abtreibungsversf. bei nicht vorliegender Schwangerschaft.

Anders liegt der Fall, wenn das äußere Objekt, an dem die verbrecherische Hdlg. sich vollziehen soll, zwar zur Zeit ihrer Begehung noch nicht existierte, der Eintritt des Vorliegens aber vom Täter erwartet wurde; so vom Standpunkte der subjektiven und objektiven Theorie RG. I 9. Juli 88 E. 18 82 (btr. Betrugsversf. begangen durch beabsichtigte Beschädigung des Vermögens einer zu gründenden Gesellschaft).

22) Ein untaugliches Mittel in dem hier in Betracht kommenden Sinne liegt vor, wenn das angestrebte Ziel, selbst unter der Voraussetzung eines tauglichen Objektes, wegen der Beschaffenheit des angewandten Mittels nicht erreicht wird (N. 19). Handelt es sich um die Ausführung eines verbrecherischen Entschlusses unter Benutzung eines konkreten Mittels, z. B. um die Tötung eines Menschen mittels eines bestimmten Gewehrs, so kann nur die Anwendungsart (Handhabung) des Mittels in Betracht kommen, welche der das Mittel Anwendende in seine Vorstellung aufgenommen hat; so z. B., wenn in jenem Beispiele die Tötung unter Anwendung des Gewehrs als Schußwaffe erfolgen sollte, nur diese Anwendungsart, nicht aber die an sich auch denkbare — im konkreten Fall aber nicht gedachte — Anwendungsart als Hiebwaffe; so Geyer ZStrW. 1 35, das Mittel erhalte seine Eigenschaft als Mittel erst durch die Bestimmung, welche ihm ein Mensch zur Ausführung seiner Zwecke gebe, weshalb es stets nur darauf ankomme, in welcher Weise der Täter den Gegenstand als Mittel sich dienstbar machen wollte. Gerade aber bei dieser beschränkenden Voraussetzung ist mit H. Meyer S. 210 N. 33, v. Rohland Gefahr S. 96 und Wahlberg ZStrW. 2 183 gegen RG. I 27. Feb. 88 E. 17 158 (eine Unterscheidung der Mittel sei gerade vom objekt. Standpunkte aus nicht möglich), Hälschner 1 349, Frank N. II Abs. 2, Rubo N. 17, v. Schwarze S. 106, Binding Normen 2 411 N. 633, Häberlin GS. 24 272, Hertz Versuch S. 27 u. Zucker G. 36 373 sowie gegen Klee Wille u. Erfolg S. 30 ff. (der statt der Untauglichkeit der Mittel diejenige des „Planes" für wesentlich hält) an der Berechtigung der Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln festzuhalten. Absolut untauglich ist ein solches Mittel, welches auch bei an sich richtiger Anwendungsart unter keinen Umständen geeignet ist, an dem als Ziel gedachten tauglichen Objekte die beabsichtigte Wirkung hervorzubringen; so z. B. ist ein ungeladenes, hinreichend tragfähiges Gewehr, als Schußwaffe benutzt, ein absolut untaugliches Mittel, weil auch bei richtigem Zielen und Abdrücken der als Tötungsobjekt gedachte lebende Mensch niemals getötet werden kann. Ein nur relativ untaugliches Mittel liegt aber dann vor, wenn es, trotz regelmäßiger Wirksamkeit, lediglich mit Rücksicht auf vorliegende konkrete Umstände, auch bei an sich richtiger Anwendung, nicht zum

Digitized by Google

Ziele führt; diese Umstände können namentl. in der Beschaffenheit des Objektes liegen, so z. B. wenn der Mensch, den der Schießende töten wollte, mit einem das Eindringen der Kugel in den Leib verhindernden Panzer versehen war; die Umstände können aber auch andersartig sein, so z. B. wenn die Kugel an sich, und zwar auch mit hinreichender Kraft, ihr Ziel erreicht haben würde, durch eine ihr zufällig im Laufe begegnende Kugel aber von ihrer Bahn abgelenkt wird, oder wenn der Mensch, auf den gezielt ist, im Moment des Abdrückens seinen Standpunkt verändert; vgl. Berlin 27. Jan. 71 O. 12 57 btr. relative Untauglichkeit eines Schlüssels, der in das Schloß hineinging und nur nicht in demselben bewegt werden konnte. Dagegen liegt ein untaugliches Mittel überhaupt nicht vor, wenn lediglich wegen seiner konkret unrichtigen Anwendung die beabsichtigte Wirkung nicht eintrat, so z. B. wenn „jemand in der Absicht, einen anderen zu töten, auf diesen mit einem hinreichend geladenen und hinreichend tragfähigen Gewehre schießt, dieses letztere aber nach einer falschen Richtung abfeuert, so daß dieser Schuß den beabsichtigten Erfolg nicht verwirklichen kann".

23) Hält man an dem Unterschiede der absolut und relativ untauglichen Mittel fest, so ergibt sich aus den Ausführungen in N. 22 i. V. mit den entsprechenden Ausführungen in N. 21, daß ein Vers. mit absolut untauglichem Mittel nicht strafbar ist, weil ein solcher einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten V. nicht enthält. So: Berlin 8. Jan. 74 O. 15 7, München 8. Jan. 73, 12. Juni 74, St. 2 141, 4 101, Berner S. 144, Binding Hb. 1 693 f., Geyer 1 132, Lucas S. 84, H. Meyer S. 211 u. GS. 33 125, Schütze S. 136, Oppenh.-D. N. 9, Scherer GS. 29 488, Baumgarten Vers. S. 421, sowie ferner in spezieller Bekämpfung der Ansicht des RG.: Geyer ZStrW. 1 30, Cohn G. 28 361, Zimmermann G. 29 182, 30 141, Villnow, Goldschmidt u. Havenstein, alle drei aO. (s. o. N. 20). AM. RG. BStS. 24. Mai 80 E. 1 439 (davon ausgehend, daß eine Entscheidung der Streitfrage aus der Ausdrucksweise des Gesetzes weder direkt noch indirekt hergeleitet werden könne und deshalb diese lediglich „aus den inneren Gründen für die Strafbarkeit", auf Grund des sog. subjektiven Standpunktes, entnehmend; vgl. dazu das N. 13 zit. RG. E. 33 321), ferner Stuttgart 12. Nov. 73 St. 3 156, Jena 74 GS. 27 313, Hälschner 1 349, v. Wächter S. 210, Häberlin GS. 24 273, Hertz Versuch S. 66 ff., Lammasch Obj. Gefährlichk. S. 63, v. Buri ZStrW. 1 182, 2 240, sowie, anders als beim Vers. am untaugl. Objekt, Havenstein G. 36 41 ff. u. Kroschel GS. 41 284 ff., denen Frank N. II letzt. Abs. nahe steht, der übrigens aO. Abs. 5 den Vers. mit absolut untaugl. Mittel dann für straflos erachtet, wenn die Anwendung eines bestimmten Mittels zum Tatbestande gehört, wie bei § 229.

24) Unter den Anhängern der Ansicht von der Straflosigkeit eines Vers. mit absolut untauglichen Mitteln herrscht Streit darüber, ob ein solcher auch dann anzunehmen, wenn die Untauglichkeit des Mittels ihren Grund nicht in seiner Qualität, sondern in seiner Quantität hat. Mit der in der Praxis überwiegenden M. (vgl. ferner: H. Meyer S. 210 N. 33, Oppenh.-D. N. 9, Scherer GS. 29 495) wird man Strafbarkeit annehmen müssen, weil die Quantität immer etwas Relatives bleibt; aM.: Berlin 3. Nov. 75 St. 5 343, Geyer ZStrW. 1 35, v. Rohland Gefahr S. 93, Baumgarten Vers. S. 422.

25) Wie der „Anfang der Ausführung" nach der einen Seite den Gegensatz zu bloßen Vorbereitungshdlgen bildet (N. 15), so nach der anderen zur vollendeten Tat. Daß „das beabsichtigte V. o. V. nicht zur Vollendung gekommen ist", bedarf jedoch keiner ausdrücklichen Feststellung; denn, wenn lediglich „Hdlgen, welche einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten V. enthalten," festgestellt sind, so kann die Verurteilung wegen des vollendeten V. nicht ausgesprochen werden; Oppenh.-D. N. 18, 23, Rubo N. 12, Rüd.-St. N. 5, Oetker GS. 64 109 N. 2.

Indem übrigens das Gesetz hier von „beabsichtigten V. o. V." spricht, bezeichnet es damit das Erfordernis der Vorsätzlichkeit des btr. V. (N. 5); daß „Absicht" hier (vgl. auch §§ 48 N. 11 c, 202 N. 2, 266 N. 12) gleichbedeutend mit „Vorsatz" ist, tritt klar zutage; so: Finger 1 309, Baumgarten Vers. S. 348, Bünger ZStrW. 6 297 N. 18; aM. Villnow GS. 37 641 N. * u. G. 35 118.

Digitized by Google

26) Es fragt sich, ob, abgesehen von den fahrl. Delikten (N. 5), die Natur gewisser strafb. Hdlgen den Versuchsbegriff ausschließt. Praktisch ist diese Frage, infolge der im Abs. 2 bezügl. der Verg. getroffenen Vorschrift, allerdings nur rücksichtlich der Verbrechen; die Beantwortung der Frage kann aber nicht aus der Verbrechens-, sondern nur aus der Deliktsnatur genommen werden. In Betracht kommt namentl. — abgesehen von den o. N. $5_{2,3}$ erwähnten Delikten — die Natur des Deliktes als Verbots- o. Gebotsverltzg. (N. 27) sowie als Vorbereitungs- bzw. Versuchshdlg. (N. 28).

27 a) Was die Verbotsverletzungen betrifft (§ 1 N. 3a), so kann bei ihnen ein Vers. auch durch eine Unterlassung begangen werden; denn in dieser kann sowohl eine Betätigung des verbrecherischen Entschlusses liegen, als auch ein Anfang der Ausführung gefunden werden; so die GM., Finger 1 316 u. v. Liszt S. 207 jedoch nur für den Fall des fehlgeschlagenen Vbr., während ein nicht beendigter Vers. undenkbar sei.

b) Bei den Gebotsverletzungen (§ 1 N. 3b) wird die Möglichkeit eines Vers. bestritten und zwar aus doppeltem Grunde. Einmal wird die Möglichkeit einer Betätigung des auf Verletzung des Gebots gerichteten Entschlusses in Abrede gestellt; dann aber wird behauptet, daß der Entschluß nur durch die — die Gebotsverltzg. enthaltende — „Unterlassung selbst, nicht aber durch irgend eine dieser vorangehende Tätigkeit in einer dem Wesen des Vers. entsprechenden Weise kund gegeben werden könne". Allein beide Gründe sind deshalb nicht stichhaltig, weil Gebotsverltzgen auch durch Hdlgen begangen werden können und diese Begehungsart die Möglichkeit bietet, sowohl den auf die Verletzung gerichteten Entschluß zu betätigen, als auch mit der Ausführung einen Anfang zu machen. So: Rubo N. 16, Ortmann StRZ. 13 479, Hrehorowicz S. 311 und auch Binding Grundr. S. 118, nach seiner Auffassung, daß in den echten Unterlassungsdelikten wirkliche Hinderungen des Eintritts bestimmter Erfolge zu sehen seien; nach ihm gibt es jedoch keinen strafb. Vers., da das Gesetz zum Strafen ebensowenig Veranlassung habe wie beim Rücktritt vom Vers., weil der Täter selbst die Wirksamkeit der zur Hinderung des Erfolges gesetzten Bedingungen wieder vernichte; im Resultate ebenso wie Binding auch H. Meyer S. 202, die Möglichkeit eines Vers. sei zwar gegeben, aber der Vers. könne als solcher nicht zur Bestrafg. gelangen, da entweder die btr. Tätigkeit noch vorgenommen würde und dann das Delikt überhaupt nicht vorliege, oder solches nicht der Fall sei und dann das Delikt als vollendetes erscheine; ferner: Finger, v. Liszt aO., mit der zu a angegebenen Beschränkung, ebenso Frank N. V 1, während Hälschner 1 354, Oppenh.-D. N. 15, v. Schwarze S. 95, Baumgarten Vers. S. 435, Schwalbach GS. 31 610, Seligsohn G. 28 219, Kitzinger Ort u. Zeit d. Hdlg. S. 231, die Möglichkeit eines Vers. überhaupt verneinen.

28) Was die Fälle anbetrifft, wo eine Versuchs- oder gar eine bloße Vorbereitungshdlg. unter eine selbständige Strafandrohung gestellt ist, so ist hier für die Frage, ob ein strafb. Vers. bei diesen Hdlgen möglich sei, zwischen den Fällen zu unterscheiden, wo solches ausdrücklich oder nur tatsächlich geschehen ist (N. 3).

a) Im ersteren Falle liegt bezügl. des Vers. nur eine Ausnahme von der im § 44, aufgestellten Regel der milderen Bestrafung vor, bezüglich der Vorbereitungshdlg. eine solche von der aus § 43 sich ergebenden Regel der Straflosigkeit. Da es nun begrifflich einen „Versuch eines Versuchs" nicht geben kann, weil der Vers. den Entschluß erfordert, ein V. o. V. zu verüben, d. h. auf Vollendung eines V. gerichtet sein muß (N. 4), so kann es auch keinen strafb. Vers. eines solchen im Gesetze mit besonderer Strafe bedrohten Vers. geben; was aber von einer solchen Versuchshdlg. gilt, greift in verstärktem Maße bei einer bloßen Vorbereitungshdlg. Platz, wenn diese ausdrücklich als eine solche — im Verhältnis zu einer anderen strafb. Hdlg. — mit Strafe bedroht ist.

b) Im anderen Falle kommen die unter Strafe gestellten Hdlgen, welche materiell zwar nur als Versuchs- o. Vorbereitungshdlgen erscheinen, dennoch als solche nicht in Betracht; der Gesetzgeber hat sie, unter Außerachtlassung ihrer Versuchsnatur, als eigenartige Delikte behandelt. Hier können also lediglich die allg. Grundsätze Platz greifen und nach diesen ist gemäß der Natur eines jeden einzelnen solcher Delikte zu entscheiden, ob es einen strafb. Vers. zulasse oder nicht. So: Berner S. 141, H. Meyer S. 202, Frank N. V 2b;

Digitized by Google

vgl. auch Binding Lb. I 13, der bei den meisten sog. „kupierten Erfolgsverbr." und den „verkümmerten zweiaktigen Verbr." die Möglichkeit eines Vers. i. S. des § 43 annimmt. AM.: v. Liszt S. 207, v. Wächter S. 200, Baumgarten Vers. S. 404, nach denen der Vers. eines Delikts mit Versuchsnatur nicht möglich sein soll.

29) Wegen Mittäterschaft beim Versuch sowie wegen Anstiftung und Beihilfe zum Versuch vgl. §§ 47 N. 21. 48 N. 17a, 21, 49 N. 21.

Wegen der Frage nach der Möglichkeit einer versuchten Anstiftung oder Beihilfe vgl. §§ 48 N. 24, 49 N. 23.

Zu § 43 Absatz 2. N. 30, 31.

30) Die Strafbarkeit des Vers. eines Vergehens bestimmt das StGB. selbst in den §§ 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 289, 303—305, 339, 350 u. 352. Im Falle des § 169 ist der Vers. des Verbr. bereits nach Maßgabe des $§ 43_1$ strafbar, so daß die Bestimmung des $§ 169_2$ ihrem Wesen nach nur auf das Verg. sich bezieht.

31) Ist infolge des Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung auch der Vers. eines Verg. als solcher (vgl. § 46 N. 3) straflos, so kann die Hdlg. dennoch infolge vorliegender Idealkonk. (§ 73 N. 18a, 24a) als vollendete Tat strafbar sein.

32) Wegen Verjährung der Strafverfolgung beim Versuche vgl. § 67 N. 2c, 16a.

§. 44.

Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen, als das vollendete.

Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein, neben welcher auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann.

Ist das vollendete Verbrechen mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so tritt Festungshaft nicht unter drei Jahren ein.

In den übrigen Fällen kann die Strafe bis auf ein Viertheil des Mindestbetrages der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheits- und Geldstrafe ermäßigt werden. Ist hiernach Zuchthausstrafe unter Einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des § 21 in Gefängniß zu verwandeln.

PrStGB. § 33. Entw. I §§ 38, 39, II § 42. StB. S. 1147.

Zu § 44 Absatz 1. N. 1—3.

1) Abs. 1 des § 44 will trotz der nicht ganz korrekten Wortfassung sagen, daß der Versuch nach einer milderen Strafsatzung zu bestrafen sei, als wie sie auf die vollendete Tat angedroht ist, keineswegs aber, daß die Strafe, welche für die Tat, wenn sie vollendet wäre, zu verhängen gewesen sein würde, gemildert werden soll. So die GM., insbs. RG. II 13. Juni 02 E. 35 282 (i. c. auch das Beruhen i. S. von StPO. § 375 bejahend). Vgl. die näheren Ausführungen hierüber sowie über die Entstehungsgeschichte in der entsprechenden N. der 5. Aufl. des Kommentars.

2) Das im Abs. 1 ausgesprochene Prinzip bezieht sich, wie die Abs. 2—4 und § 45 erkennen lassen, nur auf die Hauptstrafen. Es enthält aber Abs. 1 keineswegs bloß „ein Prinzip ohne bestimmten Inhalt", wie Rüd.-St. N. 2 meint, sondern er trifft, wie ebenderselbe N. 3 zugibt, gleichzeitig die positive Anordnung, daß der Richter niemals den Höchstbetrag der auf das vollendete V. o. V. angedrohten Strafe verhängen darf; er muß deshalb bei Zuchthausstr. mindestens einen Mt., bei Gefängnisstr. mindestens einen T. ($§ 19_2$), bei Geldstr. endlich mindestens drei M. (§ 27) unter dem auf das vollendete V. o. V. angedrohten Höchstbetrag bleiben. Bei einer kombinierten Hauptstr. (Geldstr. neben Freiheitsstrafe; § 27 N. 1) genügt es, wenn eine der Strafen unter dem Höchstbetrage bleibt; die andere darf in ihrem höchsten zulässigen Betrage verhängt werden; soweit aber bei

Digitized by Google

einer solchen Kombination die eine Strafart obligatorisch, die andere nur fakultativ angedroht ist (vgl. z. B. § 284), muß notwendig auf jene erkannt u. darf nicht etwa bloß die fakultativ zugelassene Strafart gewählt werden. Indem hierdurch und aus Abs. 2 u. 3 einerseits der für Versuchsstrafen zulässige Höchstbetrag, aus Abs. 2—4 andererseits der zulässige Mindestbetrag sich bestimmt, ergibt sich, daß „mit dem Strafrahmen für die vollendete Tat ipso jure sofort auch der Strafrahmen für die versuchte Tat gesetzt ist, sobald der gesetzliche Deliktsbegriff selbst faktisch gegeben ist. Dem Richter liegt keine weitere Operation ob, als eine einfache mathematische Berechnung des einen Strafrahmens, des ermäßigten, aus dem anderen, dem maßgebenden". Beide Strafrahmen lassen sich als „originäre" und „derivative" Strafandrohung bezeichnen; Thomsen GS. 29 546 f.

3) Eine Ausnahme vom Prinzip des Abs. 1 enthält § 80.

Zu § 44 Absatz 2 u. 3. N. 4 u. 5.

4) Besonderer Vorschriften über die Milderung, welche eintreten muß, bedarf es da, wo das vollendete Verbr. mit Strafen bedroht ist, die an sich einer Milderung nicht fähig sind, d. h. gegenüber der angedrohten Todes- sowie der lebenslängl. Zuchthausstr. und Festungsh. Diese Vorschriften sind in Abs. 2 u. 3 gegeben, von denen der letztere erst infolge des die lebenslängl. Festungsh. einführenden RTbeschlusses notwendig wurde. Die Redaktion des Abs. 2 u. 3 ist jedoch insofern nicht angemessen, als sie auf die — erst infolge der RTbeschlüsse eingeführten — alternativen Strafandrohungen, namentl. von lebenslängl. oder zeitigem Zuchth., keine Rücksicht nimmt. Ohne daß es nötig ist, mit Thomsen GS. 29 542 „wegen Ermäßigung alternativer Strafandrohungen im Gesetze eine Lücke" anzunehmen, erscheint doch die Lösung als die richtige, daß dem Richter, wie er bei alternativen gegen die vollendete Tat gerichteten Strafandrohungen zwischen zwei Strafrahmen zu wählen hat, ebenso für die Bestrafung des Vers. zwei — ermäßigte derivative — Strafrahmen zur Auswahl gegeben seien, die durch Anwendung der in § 44 gegebenen Vorschriften auf jede der originären Strafandrohungen zu bilden sind. So ist z. B. die Versuchsstr. des V. aus § 214 Zuchth. entweder von 3 bis 15 Jahren oder von 2 J. 6 Mt. bis 14 J. 11 Mt. Der Umstand, daß bei einer originären Strafandrohung statt dessen unzweifelhaft Zuchth. von 2 J. 6 Mt. bis 15 J. angedroht sein würde, beeinträchtigt die Richtigkeit der Methode nicht. So: RG. III 24. Nov. 87, IV 27. Feb. 00, E. 16 400, 33 181, München 17. Feb. 72 St. 1 246, H. Meyer S. 219 N. 86, v. Wächter S. 223, Frank N. II 1, Thomsen aO. S. 547 ff. AM. einerseits Hälschner 1 357, Oppenh.-D. N. 8 — u. anscheinend auch Finger 1 326 —, nach welchen der Richter zunächst entscheiden soll, welche Strafart er im Falle der Vollendung gewählt haben würde (was gleichfalls eine unerfüllbare Zumutung ist), um sodann das für den Vers. zu verhängende Maß dieser Strafart festzustellen, andererseits Rüd.-St. N. 3 u. § 214 N. 4, nach dessen Ansicht der Richter aus den sämtlichen sonstigen Umständen der Hdlg. für Eine Strafart sich entscheiden und dann solche ermäßigen soll, während richtigerweise zunächst die derivativen Strafrahmen gefunden und dann erst zwischen ihnen — ohne daß vielleicht noch verschiedene Strafarten zur Wahl stehen — gewählt werden muß; v. Schwarze N. 1a will bei wahlweise angedrohter Zuchthausstr. u. Festungsh. zunächst nach dem Prinzip des § 20 feststellen, welche Strafart als angedroht anzusehen sei, bei wahlweise angedrohtem lebenslängl. und zeitigen Zuchth. aber die „Bestimmung in Abs. 4 eintreten" lassen. Baumgarten Vers. S. 446 f. endlich stimmt für den ersteren der beiden Fälle der Schwarzeschen Ansicht, für den letzteren der obigen Ansicht zu.

5) Die im Abs. 2 wegen der ZulvPolAuff. getroffene Bestimmung gilt nicht nur für den Fall, daß das vollendete Verbr. ausschließlich mit dem Tode oder mit lebenslängl. Zuchth. bedroht ist, sondern auch dann, wenn diese letztere Strafe wahlweise mit einer anderen, neben welcher nicht auf ZulvPolAuff. erkannt werden darf, angedroht ist (§ 14 N. 1); in einem solchen Falle kann freilich auf jene Nebenstr. nur erkannt werden, wenn der Richter für die Anwendung des jenen Strafen beim Vers. entsprechenden Strafrahmens von 3—15 J. sich entscheidet. So: RG. III 24. Nov. 87 E. 16 400, Rüd.-St. N. 4,

Digitized by Google

im wesentlichen auch Fuhr PolAuff. S. 27. AM.: Berlin 22. Juni 78 O. 19 325 (abweichend jedoch GStA.), Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 9, Berner GS. 33 337, Baumgarten Vers. S. 452, die in diesen Fällen die Anwendbarkeit der Nebenstr. nicht nach § 44$_2$, sondern lediglich nach der Sondervorschrift (vgl. z. B. §§ 251, 256) beurteilen.

Zu § 44 Absatz 4. N. 6 u. 7.

6) Falls keine der in Abs. 2 u. 3 bezeichneten Strafandrohungen vorliegt, wird der Strafrahmen für den Vers. nach unten hin durch ein Viertel der auf das vollendete V. o. V. angedrohten Freiheits- o. Geldstr. begrenzt. Darüber, daß bei Strafbarkeit des Vers. in Fällen, wo die vollendete Tat im Mindestbetrage nur mit einem T. Freiheitsstr. oder mit 3 M. Geldstr. bedroht ist, unter diese Beträge nicht hinuntergegangen werden kann, vgl. §§ 19 N. 6b, 7ba, 27 N. 5a. Unzutreffend nimmt RG. I 13. Feb. 82 E. 5 442 (ebenso Oppenh.-D. N. 4) an, daß die Versuchsstr. bei einem Mindestbetrage der angedrohten Gefängnisstr. von Einem Mt. mindestens 8 T. betrage, da der Gesetzgeber von der durchschnittlichen Dauer eines Monats von 30 T. ausgegangen sei (vgl. jedoch § 19), auf 7 1/2 T. aber nicht erkannt werden dürfe; nach dem Grundsatz in dubio mitius ist vielmehr das Minimum der Versuchsstr. auf 7 T. anzunehmen; Geyer I 133, v. Liszt S. 279 N. 3, Frank N. I 2, Rüd.-St. N. 6 (vgl. übrigens § 19 N. 7bβ). Bei einem Mindestbetrage der Strafandrohung von 3 Mt. Gefängnis ist sonach ev. auf 22, nicht auf 23 T. abzurunden.

Bei alternativen Strafandrohungen findet das o. N. 4 Gesagte Anwendung.

7) Betreffs der nach dem letzten Satze des Abs. 4 ev. eintretenden Verwandlung der unter Einem J. verwirkten Zuchthausstr. in Ges. schreibt das Gesetz nicht vor, daß im verfügenden Teile des Urteils — dem sog. Tenor — zuerst auf Zuchth. erkannt werden müsse und daß dann erst die Umwandlung in Ges. ausgesprochen werden dürfe. Es ist deshalb hinreichend (andererseits aber auch notwendig), daß die Urteilsgründe ergeben, der Richter sei bei Bestimmung der erkannten Gefängnisstr. von einer vorgängigen Bemessung der für verwirkt erachteten Zuchthausstr. ausgegangen; Berlin 15. März 77 O. 18 215.

Übrigens findet die Schlußbestimmung auch beim realen Zusammentreffen eines Verg. mit einem Verbrechensvers. Anwendung, sobald die Einzelstr. des letzteren unter ein J. Zuchth. sinkt, mag auch die Gesamtstr. (§ 74) demnächst 18 Mt. Ges. (§ 21) übersteigen; Berlin 4. Jan. 75 St. 4 251.

Wenn bei angedrohter Zuchthausstr. eine Ermäßigung unter ein J. stattfindet, so kann diese nach § 19$_2$ nur nach vollen Monaten geschehen, da die Bemessung der Strafe zunächst nach Zuchth. zu geschehen hat. Da ferner die Verwandlung der Zuchthausstr. in Ges. nur nach dem Umwandlungsmaßstabe des § 21 geschehen darf, so kann die Gefängnisstr. für ein versuchtes Verbr. aus jenem doppelten Grunde nicht in beliebiger Höhe (z. B. von fünf Monaten) erkannt werden; Darmstadt 26. Feb. 72 StRZ. 12 142, Dresden 8. Nov. 72 St. 2 146. Wo der Mindestbetrag der Strafandrohung für das vollendete Verbr. Ein J. Zuchth. beträgt, wie beim schweren Diebst. ohne mild. Umst. (§ 243), kann unter 3 Mt. Zuchth. = 4 1/2 Monat. Ges. nicht hinuntergegangen werden; Mannheim 11. Okt. 73 St. 3 200.

Zu § 44 Absatz 1—4. N. 8—12.

8) Selbstverständlich ist der im Entw. I § 38$_6$ noch ausdrücklich hervorgehobene Satz, daß, insoweit bei einem vollendeten V. o. V. unter Umständen eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe eintritt, diese auch beim Vers. zur Anwendung kommt. Hier ist die mildere Strafsatzung die originäre, von welcher die Versuchsstrafe abgeleitet werden muß. Das gilt namentl. hinsichtlich der sog. mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 ff.). Werden diese in Fällen, wo das Gesetz solche beim vollendeten Verbr. zuläßt, beim Vers. als vorliegend angenommen, so ist der für die Bestrafung des vollendeten Verbr. bei Annahme mild. Umst. gesetzte Strafrahmen der Ermäßigung zugrunde zu legen, so daß z. B. ein versuchter schwerer Raub bei Annahme mild. Umst. mit 3 Mt. Ges. bestraft werden kann; so die GM., insbs. Berlin 17. Sept. 73 St. 3 81.

9) Wegen der beim Vers. seitens eines nicht voll Strafmündigen zu verhängenden Strafen vgl. § 57 N. 4, 9.

10) Wegen der beim Vers. zu verhängenden Nebenstr. ist, außer o. N. 5, zu vgl. § 45.

Digitized by Google

11) Die Landesgesetzgbg. kann, soweit sie nach EG. § 2_3 (das. N. 13) aufrecht erhalten ist, bezüglich der Bestrafung des Vers. abweichende Bestimmungen treffen; so wird z. B. nach PrFDG. § 4 der Vers. des Forstdiebst. mit der vollen Strafe des Forstdiebst. bestraft.

12) Auf die im GVG. §§ 27, 73—75 und 80 geordnete Zuständigkeit der SchöffenG., Strafk. und SchwurG. übt es keinen Einfluß aus, ob es um die Aburteilung eines vollendeten oder eines versuchten V. o. V. sich handelt. Nur soweit die Zuständigkeit des SchöffenG. nach GVG. § 27^{1-3} durch den Wert einer Sache oder den Betrag eines Schadens bedingt ist, kann die beim Vers. möglicherweise obwaltende Ungewißheit hinsichtlich des Werts oder des Schadens zur Annahme der Zuständigkeit der Strafk. führen, da das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzung der schöffengerichtl. Zuständigkeit — das Nichtübersteigen des Wertes oder Schadens von 25 M. — nicht nachgewiesen ist; so: Löwe-H. GVG. § 27 N. 18, v. Schwarze GVG. S. 24, Stenglein GVG. § 27 N. 11; aM. Keller GVG. § 27 N. 15.

§. 45.

Wenn neben der Strafe des vollendeten Verbrechens oder Vergehens die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig oder geboten ist, oder auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann, so gilt Gleiches bei der Versuchsstrafe.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 38 Abs. 2, 4, II § 43.

1) Von Rechts wegen eintretende Folgen der Hauptstr. äußern sich selbstverständlich bei solchen, die wegen versuchten V. o. V. verhängt sind, in gleicher Weise wie bei Hauptstr. wegen vollendeter strafb. Hdlgen.

Ebenso zweifellos greifen beim Vers. die allgemeinen Anordnungen Platz, welche im StGB. bezüglich der Verhängung von Nebenstr. bzw. von polizeilichen Maßnahmen (T. I Abschn. 1 N. 3 b, 4) getroffen sind; so kann z. B. auf Grund des § 40, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, auch beim Vers. eines V. o. V. eine Einziehung ausgesprochen werden. Soweit dagegen Nebenstr. oder polizeil. Maßnahmen im besonderen bei den einzelnen V. o. V. vorgeschrieben sind, können sie nach dem Grundsatze nulla poena sine lege nicht ohne weiteres beim Vers. eines V. o. V. erkannt werden; es bedarf hierzu vielmehr erst einer ausdrücklichen Vorschrift, gerade wie des § 44 behufs Anwendung der Hauptstr.; RG. III 12. Nov. 85 E. 13 76. Vgl. übrigens § 152 N. 3_2.

2) Der § 45 trifft eine derartige ausdrückliche Vorschrift hinsichtlich der Anwendung zweier Nebenstrafen, nämlich des VbER. und der ZulvPolAuff. Insoweit die erstere nach der allgemeinen Anordnung des § 32_1 „neben der Zuchthausstr." und neben der wegen Annahme mild. Umst. an Stelle von Zuchthausstr. ausgesprochenen Gefängnisstr. schlechthin erkannt werden kann, hätte es allerdings einer besonderen Gestattung der Aberkennung beim Vers. eines Verbr., sobald jene Voraussetzungen vorliegen, nicht bedurft. Insoweit aber die bER. nach § 32 im übrigen neben Gef. nur im Falle ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung aberkannt und auf ZulvPolAuff. nach § 38_1 überhaupt nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen erkannt werden darf, insoweit war die Vorschrift des § 45 nach dem in N. 1 Bemerkten notwendig.

3) Wenn die Aberkennung d. bER. neben der Strafe der vollendeten Tat „zulässig oder geboten" ist, so soll „Gleiches" bei der Versuchsstr. gelten. Hiernach muß beim Versuch der strafb. Hdlg. aus §§ 161_1, 181 u. 302 d, e (vgl. § 32 N. 3_2) die Aberkennung der bER. erfolgen, falls die allg. gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.

4) Da hinsichtlich der Aberkennung der bER. neben der Versuchsstr. „Gleiches" gilt wie neben den Strafen des vollendeten V. o. V., so müssen die allg. Voraussetzungen des § 32 behufs der Aberkennung vorliegen, also namentl. die Dauer der erkannten Gefängnisstr. 3 Mt. erreichen.

Übrigens kann — trotzdem § 45 dieser Nebenstr. nicht besonders erwähnt — wegen des allg. Charakters der Vorschr. des § 35 auf Unfz. B. öffentl. Ämter auch neben der wegen Vers. verhängten Gefängnisstr. stets alsdann erkannt werden, wenn mit dieser die Aber-

Digitized by Google

kennung d. bER. überhaupt hätte verbunden werden können. Unzulässig ist es dagegen nach dem N. 1 Bemerkten, beim Vers. auch da auf „UnfähV. öffentl. Ämter" zu erkennen, wo jene besonders angedroht ist (§§ 128, 129 u. 358), oder gar, wo „V. d. bekleideten öffentl. Ämter" kraft Sondervorschrift (§§ 81, 83, 84, 87—91, 94 u. 95) verhängt werden darf; die Zulässigkeit dieser Nebenstr. kann namentl. nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß sie als „Spezies" der Aberkennung d. bER. bezeichnet werden. So: Frank N., Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 2, Baumgarten Vers. S. 451. AM.: Sontag Festungsh. S. 155, v. Schwarze GS. 24 279.

5) Auch auf ZulvPolAuff. kann beim Vers., abgesehen von dem Falle des § 44_2, nur unter denselben Voraussetzungen erkannt werden, wie bei der vollendeten Tat. Während das StGB. als allg. Bedingung für das Erkennen auf ZulvPolAuff. nur die ausdrückliche gesetzliche Gestattung kennt (§ 38_1), ist es in den §§ 115_2 (116_2), 125, 146 f., 248, 256 u. 325 noch davon abhängig gemacht, daß auf Zuchth. und nicht nur auf Gef. „erkannt" werde (§ 38 N. 3). Da hinsichtlich der Verhängung der Nebenstr. „Gleiches" beim Vers. gilt, so bleibt für deren Erkennen beim Vers. einer strafb. Hdlg. gegen jene §§. Voraussetzung, daß wirklich Zuchth. erkannt werde, und nicht etwa nach § 44_4 die unter 1 J. verwirkte Zuchthausstr. in Gef. verwandelt und auf dieses erkannt worden sei. So die GM., insbs. RG. III 30. Okt. 84 E. 11 158.

6) Sobald ein strafb. Vers. überhaupt mit VbER. (oder mit UnfähV. öffentl. Ämter) bzw. mit ZulvPolAuff. bestraft werden darf, ist der Richter bzw. die LPB. berechtigt, diese auf eine gleiche Zeitdauer auszusprechen, wie solches bei der vollendeten Tat geschehen sein würde; eine Milderung wegen des Vers. ist hier nicht vorgeschrieben.

7) Eine Ergänzung der Grundsätze über Verhängung von Nebenstr. bei einem versuchten V. o. V. enthält der, ev. auch vom Zivilstrafrichter bei Aburteilung von Militärstrafsachen zu beachtende, § 46 des MStGB.; abweichend vom Prinzip des § 45 (N. 3) erklärt dieser jedoch die neben der Strafe des vollendeten V. zulässigen o. gebotenen militärischen Ehrenstr. stets nur für zulässig; Hecker G. 30 119 u. Abhandl. S. 55.

§. 46.

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder

2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

PrStGB. § 31. Entw. I (fehlt), II § 44. StB. S. 223 ff.

Aufgabe des V. 10,
bestrittene o. einstweilige 12.
Entdecken 19—26,
Heimlichkeit d. Hdlg., als Voraussetzung 20,
Mitwissen Dritter 21,
Mitteilungen Dritter durch den Täter 22,
Person des Entdeckenden 23,
Grad der Wissenschaft v. d. Hdlg. 25,
Unkenntnis des Täters von der Entdeckung 26.
Entstehungsgeschichte 1.
Erfolg, die Wirkung mitumfassend 16 b,
Abwendg. desselb. 15—26,
insbs. beim vollendeten V. 16 a,
Vorsätzlichkeit desselben 17.
Freiwilligkeit des Rücktritts 8, 9,
der Erfolgsabwendg. 15, 19.
Gesetzeskonkurrenz 5.
Handlung 24.
Hinderung der Ausführung 11 b, 14 Abs. 2.
Idealkonkurrenz 5.
Rücktritt, freiwilliger 8—14,
Tat- od. Rechtsfrage 13, 14.
Strafaufhebungsgründe 27,
objektive Wirkung 2.
Strafausschließungsgründe 1, 2, 27.
Straflos bleiben 4, 27.
Strafl osigkeit des V. 2,
bei materiellen Versuchs- und Vorbereitungsthätern 5.
Täter 7.
Tätigkeit, eigene 18.
Umstände, vom Willen des Täters unabhängige 11 a, 14 Abs. 1.
Versuch, Strafl osigkeit 2,
Grade 6,
insbs. beendigter 15—26,
nicht beendigter 8—14.

1) Wegen der Entstehungsgeschichte vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Kommentars.

Digitized by Google

Zu § 46 Eingangssatz. N. 2—5.

2) „Der Versuch als solcher bleibt straflos", nicht „Wer einen Vers. unternommen hat, bleibt wegen des Vers. als solchen straflos". Es handelt sich hierbei nicht um einen bedeutungslosen Unterschied in der Ausdrucksweise, sondern um einen hinsichtlich der Strafbarkeit der Teilnahme erheblichen materiellen Unterschied. In klaren Worten spricht das Gesetz aus, daß die Tat straflos sein solle. Dem widersprechen die Motive keineswegs, wenn sie bezüglich der Nr. 1 sagen, daß die freiwillige Aufgabe der Ausführung nur „für einen Ausschließungsgrund der an und für sich verwirkten Strafe zu erachten sei"; denn der Nachdruck liegt hier, wie auch äußerlich hervorgehoben ist, lediglich auf „Ausschließgsgrd.", nicht aber auf den Worten „der an und für sich verwirkten Strafe". Der Umstand, daß es in den Fällen beider Nr. materiell um Strafaufhebungsgründe (N. 27) sich handelt, steht der objektiven Wirkung der im § 46 bezeichneten Gründe in keiner Weise entgegen; es ist lediglich Sache des Gesetzgebers, den Umfang der Wirkung zu bestimmen; im vorliegenden Falle ist aber jene nur „eine natürliche Konsequenz der Abhängigkeit aller Teilnehmer von der vorschreitenden oder zurückschreitenden Tätigkeit des Täters". So: Berner S. 165, Binding Grundr. S. 126 (abweichend 5. Aufl. S. 118), H. Meyer S. 227, Schütze S. 141, Rubo N. 3, Baumgarten Vers. S. 457, N. Herzog Rücktritt S. 215 ff., 261, Kohler Studien 1 143. AM.: RG. 1 13. Jan. 81, II 6. Juni 82, 25. Nov. 87, III 15. März 86, E. 3 249, 6 341, 16 347, 14 19, IV 15. Jan. 86 (die Bestimmung beruhe auf kriminalpolit. Gründen, am wenigsten lasse die gegenteilige M. im Falle gemeinschaftl. Ausführg. — § 47 — sich rechtfertigen; vgl. jedoch u. N. 7a), 13. Dez. 87, N. 8 12, 9 724, Berlin 4. März 75 St. 5 9, Mannheim 9. Mai 74 St. 4 7, Beling S. 79, Finger 1 319 u. G. 50 40, Geyer 1 134, Hälschner 1 362, v. Liszt S. 214, Merkel S. 134 f., Frank N. V, Oppenh.-D. N. 1, Rüb.-St. N. 4, v. Schwarze S. 108, Meves GS. 24 173 u. G. 37 402, Birkmeyer Teiln. S. 156, Klee Wille u. Erfolg S. 45.

3) Wenn es heißt „der Versuch als solcher bleibt straflos", so liegt hierin der Grundsatz ausgesprochen, daß, falls das versuchte V. o. V. in Idealkonk. (§ 73) gleichzeitig den Tatbestand einer vollendeten Straftat enthält, diese strafbar bleibt.

Im Falle einer bloßen Gesetzeskonk. kann jedoch der durch das versuchte Verbr. konsumierte Tatbestand eines vollendeten Verbr. nicht mehr zu einer Bestrafung führen, da diesem als solchem eine kriminalistische Bedeutung überhaupt nicht zukommt. So: v. Liszt S. 215 N. 5, Frank N. IV, implizite auch RG. IV 29. Okt. 86 E. 15 12 (das im übrigen durch IV 29. Sept. 93 E. 24 269 modifiziert erscheint; vgl. §§ 73 N. 14a, 303 N. 12b); zweifelhaft ist Oppenh.-D. N. 4. AM.: Finger 1 323 N. 416, H. Meyer S. 218, Baumgarten Vers. S. 457, Schlecht ZStrW. 19 863.

4) „Der Vers. als solcher bleibt straflos" ist, wie fast allseitig anerkannt wird, eine inkorrekte Ausdrucksweise (aM. N. Herzog Rücktritt S. 213 ff.); denn die Straflosigkeit ist weder im Falle der Nr. 1, noch im Falle der Nr. 2 auf die Annahme einer mangelnden Verschuldung zurückzuführen, vielmehr sind in beiden Nr. Strafaufhebungsgründe statuiert (N. 27).

5) Der § 46 trifft eine singuläre Bestimmung für den Versuch i. S. des Abschn. 2. Sie findet sonach keine Anwendung, wenn der Vers. o. die Vorbereitung eines V. o. V. ausnahmsweise formell zum Tatbestande eines selbständigen V. o. V. erhoben ist (§ 43 N. 3 Abs. 2 Alternative 2). Es gilt dies nicht nur von der Nr. 2 (N. 16a), sondern auch von der Nr. 1, was namentl. daraus erhellt, daß beim Rücktritt von dem V. aus § 201, durch welchen eine Vorbereitungshdlg. mit Strafe bedroht wird, zufolge der ausdrücklichen Bestimmung des § 204 Straflosigkeit eintritt, welche Bestimmung überflüssig sein würde, wenn § 46[1] auf § 201 Anwendung fände. So: RG. II 29. Apr. 84 E. 10 324 (btr. § 159), H. Meyer S. 216, v. Lilienthal S. 44, v. Liszt S. 215, Frank N. VI 2, Oppenh.-D. N. 3, Rüb.-St. N. 3, Baumgarten Vers. S. 470, auch Binding Lb. 1 13 f. btr. der „reinen Versuchsverbr." AM.: v. Wächter S. 200 N. 5, N. Herzog Rücktritt S. 230 sowie Binding aO. btr. der von ihm sog. kupierten Erfolgs- u. verkümmerten zweiaktigen Verbr.

Noch weniger kann § 46 Anwendung finden, wenn ein „Unternehmen" den Tatbe-

Digitized by Google

stand eines V. o. V. bildet, da alsdann das V. o. V. nicht einmal materiell völlig mit dem Versuch sich deckt (vgl. §§ 105, 159); so: Binding Lb., H. Meyer aO., Oppenh.-D. N. 3; aM. Herzog aO.

Wenn dagegen im Anschluß an die Aufstellung des Tatbestandes eines V. o. V. durch gesetzliche Bestimmung ausnahmsweise auch die Vorbereitung desselben unter Strafe gestellt wird, ohne daß dadurch ein selbständiges V. o. V. geschaffen wird (vgl. § 86), so ist argumento a majore ad minus die Anwendbarkeit des § 46 auf die Vorbereitung des V. o. V. anzunehmen; so: John HH. 3 90, H. Meyer aO. (btr. § 86), Frank N. VI 1, Baumgarten aO. S. 471; aM.: v. Liszt S. 215 N. 6, Rüd.-St. N. 3.

Zu § 46 Nr. 1 u. 2. N. 6, 7.

6) Während das StGB. im übrigen Grade des Versuchs nicht kennt, wird in den beiden Nr. des § 46 zwischen dem sog. beendigten (Nr. 2) und dem nicht beendigten (Nr. 1) Versuch unterschieden; aM. Baumgarten Vers. S. 444.

In den Fällen beider Nr. muß der Täter zwar einerseits gewisse Versuchshdlgen vorgenommen, andererseits aber die bereits gesetzten, zur Vollendung wirkenden Bedingungen derartig vernichtet haben, daß die Wirkung bzw. der Erfolg, die zur Vollendung gehören, nicht eintreten; Binding Normen 2 234, 250 f. Im Falle der Nr. 1 geschieht diese Vernichtung durch ein bloßes (freiwilliges) „Aufgeben der Ausführung der Hdlg." — durch den sog. Rücktritt — im Falle der Nr. 2 dagegen durch eine „Abwendung des Eintritts des zur Vollendung des V. o. V. gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit". Das erstere ist nur da möglich, wo die zum Tatbestande des vollendeten V. o. V. gehörige Tätigkeit noch nicht beendigt war (RG. I 27. Sept. 94 E. 26 77), das zweite nur da, wo der Täter die Tätigkeit, welche erforderlich war, um die von ihm geplante strafb. Hdlg. zur Vollendung zu bringen, vollzogen (RG. II 12. Nov. 86 E. 15 44), jedoch die Abwendung der Wirkung bzw. des Erfolges noch in freier Hand hatte; ist letzteres nicht mehr der Fall, wie beim sog. fehlgeschlagenen Versuch (délit manqué), so entfällt die Möglichkeit der Anwendung der Nr. 2; RG. I 27. Feb. 88 E. 17 158, Merkel S. 134, R. Herzog Rücktritt S. 236. Wenn auch Binding aO. mit Recht bemerkt, daß im Falle der Nr. 1 die beim Rücktritt eintretende „Untätigkeit" des Täters mit Rücksicht auf seine vorher entwickelte Tätigkeit nur eine „scheinbare", in Wahrheit aber ebensolche Tätigkeit sei wie die Unterlassung bei den durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikten (§ 1 N. 3a), so besteht doch nach obigem zwischen dem Vers. im Falle der Nr. 1 und dem im Falle der Nr. 2 ein erheblicher gradueller Unterschied; es ist in der letzteren, wie auch die Motive zur StGN. Art. 1 § 44 annehmen, der beendigte Vers. „anerkannt und berücksichtigt". So: zitt. RG. E. 15 44, 17 158, Berlin 13. Nov. 73, 21. Sept. 75, St. 3 211, O. 16 592, Berner S. 148, Hälschner I 362 N. 1 u. 2, v. Liszt S. 205, 213, v. Wächter S. 221, Goldschmidt Unbeendigter u. beendigter Vers. (Breslau 1897) S. 38. AM.: H. Meyer S. 217, beendigter Vers. sei nicht anzunehmen, wenn die Abwendung des Erfolges noch in der Hand des Täters liege, Schütze S. 142 N. 45, es handele sich nur darum, ob der Vers. „mehr oder minder weit vorgeschritten sei".

7a) Der „Täter" muß in einer in der Nr. 1 u. 2 näher bestimmten Weise sich verhalten, wenn Straflosigkeit des Vers. eintreten soll. Es fragt sich, in welchem Sinne das Wort „Täter" zu verstehen ist, ob in dem technischen, d. h. also im Gegensatz zu dem „Teilnehmer", der nicht Täter ist, oder in dem weitesten S., als der die Straftat — hier den strafb. Vers. — Verübende (T. I Abschn. 3 N. 7). Daraus, daß das Gesetz im § 46 einen objektiv wirkenden Strafaufhebungsgrund aufstellte (N. 2), folgt, daß „Täter" nur im techn. S. gemeint sein kann; denn nur wenn der Vers. als solcher im Ergebnis vernichtet ist, ergibt sich Straflosigkeit für alle Teilnehmer an ihm; jene Vernichtung kann aber der Natur der Sache nach nur vom „Täter" i. e. S. ausgehen; deshalb tritt für den Anstifter (§ 48) o. Gehilfen (§ 49) auf Grund einer von diesen geübten Tätigkeit niemals Straflosigkeit ein. So H. Meyer S. 227 u. im Ergebnisse, aber nicht in der Begründung, Schütze S. 141 N. 41 u. G. 21 167, weil nur „Versuch der Täterschaft, nicht der Hilfe o. Anstiftung" strafbar sei (jedenfalls ist doch aber Anstiftg. u. Beihilfe zu einem im Stadium des Vers. gebliebenen V. o. V. denkbar!). AM. allgemein Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze S. 108 u. N.

Digitized by Google

Herzog Rücktritt S. 266, während meist angenommen wird, daß die bloße Erklärung der Willensänderung seitens des Anstifters o. Gehilfen zur Herbeiführung der Straflosigkeit für diese nur genüge, solange die beförderte Tat noch nicht in das Stadium des strafb. Vers. getreten sei, daß sie aber nach diesem Zeitpunkt den Eintritt der Folgen der Anstiftg. bzw. Beih. tatsächlich verhindern müßten; so insbs.: RG. I 13. Jan. 81, II 6. Juni 82, 25. Nov. 87, E. 3 249, 6 341, 16 347, IV 13. Dez. 87 N. 9 724, Finger 1 320, 324, insbs. N. 417, 352, Kohler Studien 1 143 (btr. Anstifter), ebenso Meves G. 37 402 ff., bzw. in der Form, daß „Täter" nur i. S. der Nr. 2 auch den Anstifter u. Gehilfen umfasse, also nur für diesen Fall Straflosigkeit des Anstifters o. Gehilfen auf Grund einer eigenen Tätigkeit eintreten könne: v. Liszt S. 214, 232, Merkel S. 135, Frank N. v, Oppenh.-D. N. 1, Herzog GS. 24 457 ff., Baumgarten Vers. S. 459.

b) Den Fall der Mittäterschaft (§ 47) hat § 46 nicht berücksichtigt, vielmehr nur die Alleintäterschaft im Auge; Binding Grundr. S. 126, Heins Rücktritt d. Mittäters (Diff.) S. 12. Wegen freiwilliger Aufgabe seitens eines Mittäters vgl. § 47 N. 27a, wegen Erfolgsabwendung o. N. 2, 3, 7a sowie u. N. 18, indem hier für den „Mittäter" das gleiche Ergebnis, wie für die übrigen Teilnehmer eintritt.

Zu § 46 Nr. 1. N. 8—14.

8) Es ist nicht zweifelhaft, daß die gesetzgeberische Absicht dahin geht, beim nichtbeendigten Versuch die Straflosigkeit als Folge der freiwilligen Aufgabe der Ausführung hinzustellen, und die Bemerkung von Berner S. 151 u. Verhdlgen d. 13. DJT. 1 133 erscheint zutreffend, daß das Gesetz die auf das Objektive gehende Form vorgezogen habe, weil der Beweis der Freiwilligkeit, wenn er aus der Beschaffenheit der Subjektivität des Täters geführt werden solle, große Schwierigkeiten biete.

9) Nachdem der Gesetzgeber, statt der subjektiven, die objektive Formulierung des Gedankens gewählt hat (N. 8), tritt an die Stelle der Frage nach dem freiwilligen Rücktritt des Täters vom Standpunkt des geltenden Rechtes lediglich die Frage, ob der Täter „die Ausführung der beabsichtigten Handlung", d. h. richtiger: die Vollendung der begonnenen Ausführung (Binding Grundr. S. 126, N. Herzog Rücktritt S. 241), „aufgegeben hat", ohne daß er an der weiteren Ausführung „durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren" (vgl. RG. II 17. Juni 81 E. 4 290). Die Abstandnahme von der Erneuerung eines beendeten fehlgeschlagenen Versuchs (N. 6_2) kommt für die Nr. 1 nicht in Frage.

10) Hiernach liegt zunächst ein, Straflosigkeit bewirkender, Rücktritt dann nicht vor, wenn der Täter die Vollendung der Ausführung nicht „aufgegeben" hat, sondern „durch überlegene Gewalt an der Vollendung gehindert ist"; Binding Grundr. S. 126. Diese überlegene Gewalt ist jedoch nicht notwendig, wie Binding annimmt, „physische Gewalt seitens eines Menschen"; sie kann vielmehr auch Naturgewalt sein.

Die „Aufgabe der Ausführung" seitens des Täters beruht stets auf seinem eigenen, eine Willensänderung darstellenden, Entschluß; Binding aO., v. Liszt S. 213, Herbst G. 32 129, Klee Wille u. Erfolg S. 46 f.

11) Die Aufgabe der Ausführung in dem eben erläuterten S. bewirkt aber nicht notwendig die Straflosigkeit des Vers.; letztere tritt vielmehr nur dann ein, wenn die Aufgabe seitens des Täters geschah, „ohne daß er an der Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren".

a) „Umstände" sind „vom Willen des Täters unabhängig", wenn ihnen die Eigenschaft eines Hinderungsgrundes nicht kraft eigenen Willens des Täters zukommt; N. Herzog Rücktritt S. 243. Da nun die Aufgabe der Ausführung an sich stets auf dem eigenen Entschluß des Täters beruht (N. 10_3), so erhellt, daß der Beweggrund, aus dem er sich zur Aufgabe entschließt, von wesentlicher Bedeutung ist; erfolgt die Aufgabe wegen hindernder (s. b) Umstände, die nicht in seinem Willen liegen, so greift die Nr. 1 nicht Platz, sonst aber findet sie Anwendung; aM. RG. IV 8. Juli 87, 31. Jan. 02, E. 16 182, 35 102, auf den Beweggrund, durch den der Täter zur Aufgabe der Ausführung bestimmt worden, komme es nicht an (s. übrigens u. b). Aber schon die irrtümliche An-

Digitized by Google

nahme des Täters, daß Umstände vorlägen, welche die Vollendung unmöglich machten, schließt hiernach die Anwendung der Nr. 1 aus, macht ihn also nicht straflos; so, außer Herzog: Binding Grundr. S. 127, Finger 1 321, v. Liszt S. 214, Merkel S. 134, Frank N. II, Baumgarten Vers. S. 460, Herbst G. 32 130 u. selbst das zit. RG. E. 16 182.

b) Umstände der zu a bezeichneten Art müssen den Täter an der Ausführung „gehindert" haben; das ist nicht gleichbedeutend mit „verhindert", d. h. unmöglich gemacht, da sonst gar kein „Aufgeben" i. S. der N. 10 vorliegen würde (vgl. einerseits §§ 167, 214, 366⁹, wo „hindern", andererseits §§ 106, 107, 167, 209, 317, 366³, wo „verhindern" gebraucht ist); anders jedoch das zu a zit. RG. E. 35 102, das das entscheidende Gewicht darauf legt, ob der widerliche Geschmack des in den Mund genommenen Abtreibungsmittels der Angekl. sein Verschlucken unmöglich gemacht habe; zu weit geht deshalb Klee Wille u. Erfolg S. 46 f., der für die Freiwilligkeit maßgebend erachtet, ob ein Nichtwollen o. ein Nichtkönnen vorliege. Immerhin müssen aber jene Umstände dem Täter in der Ausführung ein „Hindernis" bereitet haben, sie müssen die Ausführung demnach erschwert haben; keineswegs aber hindert das Vorliegen solcher Umstände schon dann den Eintritt der Straflosigkeit, wenn sie ohne jene Voraussetzung für den Täter das Motiv wurden, von der weiteren Ausführung zurückzutreten (vgl. Rubo N. 4 u. Herbst G. 32 126) und nur insofern läßt sich sagen, daß es auf den Beweggrund für die Aufgabe nicht ankomme (s. o. a). Noch weniger können solche Umstände den Täter „gehindert" haben, wenn sie ihm gar nicht bekannt waren; Oppenh.-D. N. 7, Herbst aO. S. 130.

Wegen einzelner diese Ausführungen erläuternder Fälle s. u. N. 14.

12) Aus dem oben erwähnten Grunde beantwortet die Streitfrage, ob der Vers. endgültig aufgegeben sein müsse, um straflos zu werden, sich dahin, daß der Täter allerdings das von ihm bisher zur Ausführung des beabsichtigten V. Unternommene vollständig fallen gelassen haben muß, daß es jedoch nicht notwendig ist, daß er auch den verbrecherischen Entschluß aufgegeben hat; so: Berner S. 148, Finger 1 321, Hälschner 1 361, v. Liszt S. 214, H. Meyer S. 216, Frank N. II₈, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 7, Baumgarten Vers. S. 462, R. Herzog Rücktritt S. 240, Klee Wille u. Erfolg S. 47; aM. Binding Grundr. S. 126 (mit dem Bemerken, daß das Gesetz das Requisit der definitiven Aufgabe des verbr. Entschlusses zu erwähnen versäumt habe), Merkel S. 134, Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 269. Beim Festhalten an dem verbr. Entschlusse wird allerdings tatsächlich meist ein „vom Willen des Täters unabhängiger Umstand" für den Rücktritt bestimmend gewesen sein.

13) Es ist zwar nach dem N. 11 u. 12 Bemerkten wesentlich Tatfrage, ob die Voraussetzungen eines freiw. Rücktritts i. S. der Nr. 1 vorliegen; dennoch aber kann die Bejahung oder Verneinung auf Rechtsirrtum beruhen und somit das Rechtsmittel der Revision gegeben sein.

14) Den obigen Grundsätzen entsprechend ist die Strafbarkeit

I. nicht für ausgeschlossen erachtet bei Aufgabe des Vers.:

a. wg. Wirkungslosigkeit des angewendeten Mittels; RG. III 4. Juni 81, 7. Juni 82, R. 3 375, 4 543 (btr. vers. Abtreib.), 13. Jan. 87 E. 15 281 (btr. vers. Erbrechen eines Behältnisses, auch wenn die Gewaltanwendung nicht nötig gewesen wäre, weil Täter im Besitze des passenden Schlüssels sich befand);

b. wg. Versetzung des Kindes in einen Zustand, der den Täter zur irrtümlichen Annahme des bereits erfolgten Todes führte; RG. II 17. Juni 81 E. 4 290;

c. wg. Eingangs einer Denunziation, obschon sie den fr. Straffall nicht speziell erwähnte; RG. II 12. Nov. 86 E. 15 44;

d. wg. unvermuteten Erscheinens eines Dritten nach begonnener Diebstahlsausführung; RG. IV 8. Juli 87 E. 16 182.

e. wg. widerlichen Geschmacks des in den Mund genommenen Abtreibungsmittels; RG. IV 31. Jan. 02 E. 35 102, allerdings nur sofern der Geschmack es der Angekl. unmöglich gemacht habe, das Mittel zu verschlucken (s. jedoch N. 11 b);

II. verneint, wenn der Täter wg. Geringfügigkeit des Objekts von dem Diebst. Ab-

Digitized by Google

stand nimmt; so: RG. IV 13. Juni 93 E. 24 222 (anders wenn der Täter eine bestimmte bzw. jede beliebige Sache stehlen wollte und er jene nicht bzw. überhaupt nichts vorfindet), H. Meyer S. 215 N. 62, Frank N. II; aM. Dresden 9. Sept. 72 St. 2 74.

Zu § 46 Nr. 2. N. 15—26.

15) Die Absicht des Gesetzgebers, beim beendigten Versuch (N. 6) Straflosigkeit im Falle freiwilliger Verhinderung des Erfolges eintreten zu lassen, hat ebenso, wie im Falle der Nr. 1, einen objektiven Ausdruck gefunden. Lediglich, falls die positiv aufgestellten Bedingungen vorliegen, tritt beim beendigten Versuch Straflosigkeit ein (N. 9), während anderenfalls, selbst wenn freiwillige Abwendung tatsächlich vorliegen sollte, die Strafbarkeit nicht aufgehoben wird. Vgl. Berner Verhdlgen d. 13. DJT. 1 133 ff.

16) Der Täter muß „den Eintritt des zur Vollendung des V. o. V. gehörigen Erfolges abgewendet haben". Durch dieses Erfordernis wird der beendigte Versuch in einen doppelten Gegensatz gestellt, nämlich:

a) Zum vollendeten V. o. V.; liegt ein solches vor, so kann § 46 keine Anwendung finden (RG. IV 13. Dez. 87 N. 9 724), auch tritt nur ausnahmsweise Straflosigkeit (§§ 163, 310) oder Strafermäßigung (§ 158) ein, wenn der Täter die weiteren nachteiligen Folgen abwendet. Keineswegs aber bewirkt ein solches Verhalten gegenüber der vollendeten Tat, insbs. die Ausgleichung des entstandenen Schadens, allgemein Straflosigkeit; Berlin OAG. 11. Okt. 71 St. 1 55.

b) Zum nichtbeendigten Versuch (Nr. 1). Nach dem Begriffe des beendigten Versuchs (N. 6) liegt ein solcher nicht nur dann vor, wenn lediglich der zum Tatbestande der vollendeten V. o. V. gehörige Erfolg i. e. S. aussteht, sondern er kann bereits vorliegen, wenn auch die unmittelbare Wirkung der verbr. Tätigkeit noch nicht eingetreten ist; so ist z. B. der Vers. eines mittels einer schriftlichen Vorspiegelung, zum Vorteil eines Dritten geplanten Betruges (§ 263) schon dann für beendigt zu erachten, wenn der die Irrtumserregung bezweckende Brief abgesendet wurde, mag er auch noch nicht zur Kenntnis des Adressaten gelangt sein, folglich die unmittelbare Wirkung der Absendung noch ausstehen, von dem weiteren Erfolge — der Vornahme der Handlung durch den zu Täuschenden — ganz abgesehen. Hiernach muß in Nr. 2 des § 46 „Erfolg" i. w. S., als die noch ausstehende unmittelbare Wirkung mitbegreifend, verstanden werden; vgl. § 67 N. 9, 10. Verneint wurde die Anwendung der Nr. 2, weil ein beendigter Vers. nicht vorgelegen habe, von RG. II 12. Nov. 86 E. 15 44 (btr. einen zum eigenen Vorteil versuchten Betrug), 15. März 89 G. 37 179 (btr. Diebstahlsvers.).

17) Die Straflosigkeit des Vers. ist dadurch bedingt, daß der Täter den Eintritt des Erfolges vorsätzlich abwendet; denn jeder denkbare Grund des Eintritts der Straflosigkeit kann nur die beabsichtigte Abwendung zur Voraussetzung haben, so daß es einer ausdrücklichen Erwähnung der Vorsätzlichkeit im Gesetze nicht bedurfte.

18) Der Täter muß den Erfolg „durch eigene Tätigkeit" abgewendet haben. Der Sinn dieser Bestimmung ist der, daß in der vom Täter selbst ausgehenden Tätigkeit die Ursache der Erfolgsabwendung liegen muß.

Zweifellos bildet sonach „die eigene Tätigkeit" vor allem den Gegensatz zu den, den Erfolg abwendenden, Naturkräften, demnächst zu der die Erfolgsabwendung allein kausal bewirkenden Tätigkeit eines Dritten. Im übrigen aber wird das — die Freiwilligkeit der Erfolgsabwendung (N. 15) hauptsächlich charakterisierende (N. Herzog Rücktritt S. 246) — Erfordernis durch das Hinzutreten fremder mitwirkender Kräfte nicht ausgeschlossen, und zwar nicht nur, wie selbstverständlich, dann, wenn der Täter des Dritten lediglich als Werkzeug sich bediente, sondern auch in dem Falle, wenn dieser selbsttätig mitwirkte, sei es, daß seine Mitwirkung vom Täter in Aussicht genommen war, sei es, daß sie auf eigener Entschließung beruhte; RG. I 3. Mai 80 (btr. § 310), II 12. Nov. 86, E. 1 375, 15 44, Berner S. 152, Finger 1 321, Hälschner 1 362, H. Meyer S. 216, Frank N. III 1, Oppenh.-D. 11, Rubo N. 9, v. Schwarze S. 111, Baumgarten Vers. S. 463, Herzog aO.

Wird der Erfolg durch den Anstifter o. Gehilfen abgewendet, d. h. ist deren Tätigkeit

Digitized by Google

kausal, so tritt Straflosigkeit des Vers. überhaupt nicht ein (N. 7a); bezüglich ihrer bloßen Mitwirkung zu der vom Täter ausgehenden Erfolgsabwendung gilt aber nichts Besonderes.

19) Der Eintritt des Erfolges muß endlich abgewendet sein „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war" (N. 20—26). Die Erfolgsabwendung nach eingetretener Entdeckung würde die Freiwilligkeit jener als ausgeschlossen erscheinen lassen; da aber die Straflosigkeit des Vers. im Falle der Nr. 2 auf dem Gedanken der freiwilligen Erfolgsabwendung seitens des Täters beruht, so ist jenes Erfordernis lediglich i. S. einer mittelbaren Kennzeichnung der Freiwilligkeit auszulegen; RG. II 12. März, I 3. Mai 80, E. 1 306, 375, Geyer 1 133, Baumgarten Vers. S. 463, R. Herzog Rücktritt S. 248.

20) Das „Entdecken" einer Hdlg. hat zunächst eine heimliche Vornahme zur Voraussetzung. Vollzog sich die Hdlg. nicht in heimlicher Weise, so kann von „Entdecken" keine Rede sein und ist die Anwendung der Nr. 2 von vornherein ausgeschlossen; vgl. Berner S. 152. Das ist der Fall, wenn die Hdlg. derartig vor bzw. gegenüber anderen sich abspielt, daß diese notwendig von ihr Kenntnis erhalten müssen. Es gilt dies (mit der aus N. 21 sich ergebenden Maßgabe) auch dann, wenn solches der Verletzte selbst ist; so: RG. II 12. März 80, I 27. Sept. 94, E. 1 306, 26 77, Geyer 1 134, Oppenh.-D. N. 15, Rubo N. 5, Baumgarten Vers. S. 464; aM.: v. Liszt S. 214 N. 3, H. Meyer S. 215, Frank N. III 2a, v. Schwarze N. 1 u. S. 112, R. Herzog Rücktritt S. 255, Thomsen Versuch S. 75 N. 31. Daraus ergibt sich wieder, daß die Anwendung der Nr. 2 gegenüber allen denjenigen straßb. Hdlgen, bei denen die Kenntnisnahme der Hdlg. von seiten des Verletzten zum gesetzlichen Tatbestande (§ 59 N. 4a) der vollendeten Straftat selbst gehört, nach der objektiven Formulierung des Gesetzes (N. 9) begrifflich stets dann entfallen muß, wenn der Versuch tatsächlich so unternommen wurde, daß bei seiner Beendigung die Kenntnisnahme der Hdlg. seitens des Verletzten bewirkt war, wie z. B. bei einem durch unmittelbare mündliche Bedrohung ausgeführten Erpressungsversuche (§ 253); insoweit sind die zitt. RG. E. 1 306, 26 77 einzuschränken, wenn sie unbedingt aussprechen, von der Entdeckung einer Hdlg. könne nicht die Rede sein, falls die Kenntnisnahme der letzteren seitens des Verletzten, wie beim Erpressungsversuche, zum Tatbestande der Straftat selbst gehöre. Vgl. aber den N. 16b erwähnten Fall der Begehung der Hdlg. mittels Absendung eines Briefes, wobei der Versuch beendigt sein kann, ehe der Inhalt zur Kenntnis des Adressaten gelangte.

21) Die Heimlichkeit der Hdlg. (N. 20) und somit die Möglichkeit einer „Entdeckung" ist nicht schon dann unbedingt ausgeschlossen, wenn irgend ein Dritter, außer dem Täter oder den Mittätern, Kenntnis von der Hdlg. erhält, vielmehr ist die Hdlg. nur dann für „entdeckt" zu erachten, wenn jemand Kenntnis erhielt, von welchem den Umständen nach eine Verhinderung des Erfolgseintritts oder die Herbeiführung einer Strafverfolgung zu erwarten ist; so: RG. I 3. Mai 80 E. 1 375, v. Liszt S. 214, H. Meyer S. 215, Frank N. III 2a, Oppenh.-D. N. 14, Baumgarten Vers. S. 464; aM. Finger 1 323 N. 415. Demgemäß ist die GM. darüber einverstanden, daß Kenntnisnahme seitens eines Teilnehmers an der Hdlg. keine „Entdeckung" sei. Abgesehen hiervon wird aber häufig (z. B. Berlin OAG. 11. Okt. 71 St. 1 55) dafür erachtet, daß die Hdlg. „noch zur Kenntnis keiner anderen Person gekommen sein dürfe". Das geht jedoch zu weit; so nimmt die Freiwilligkeit der Abwendung mit Recht nicht für ausgeschlossen an das zit. RG. E. 1 375, wenn der „Wahrnehmende der einverstandene nächste Angehörige gewesen ist", sowie Berner S. 152, „solange die Hdlg. nur zur Kunde von Genossen des Verbrechers gelangt ist"; vgl. auch R. Herzog Rücktritt S. 249 f., nur die Entdeckung als eine den Erfolg der Hdlg. u. die Sicherheit des Verbrechers bedrohende könne in Betracht kommen.

22) Der Begriff des „Entdeckens" erfordert Kenntnisnahme kraft eigener Wahrnehmung bzw. Schlußfolgerung seitens eines Dritten; somit liegt ein Entdecken nicht vor, wenn der Dritte durch den Täter selbst Kenntnis erhielt; so Rubo N. 5; aM. Meves GS. 24 176. Darauf beruht es auch, daß eine „Entdeckung" der Hdlg. dann nicht vorliegt, wenn der Täter zu seiner Unterstützung bei der Erfolgsabwendung dritte Personen zuzieht (N. 18); Merkel S. 135, H. Meyer S. 215, Frank N. III 2b.

Digitized by Google

23) Bei Festhaltung der entwickelten Grundsätze (N. 20—22) kommt es im übrigen nicht darauf an, wer die Hdlg. entdeckt hat. Namentl. hat das Gesetz keineswegs nur eine Entdeckung „durch eine zur strafrechtl. Verfolgung autorisierte Behörde im Auge"; Berlin OAG. 11. Okt. 71 St. 1 55. So kann vielmehr z. B. die Entdeckung seitens der unbeteiligten Ehefrau die Anwendung der Nr. 2 ausschließen; RG. III 8. Dez. 80 E. 3 93.

24) „Die Handlung" darf zur Zeit der Erfolgsabwendung noch nicht entdeckt sein. Ist die Entdeckung der Hdlg. erfolgt, so tritt Straflosigkeit nicht ein, sollte auch der Täter noch unbekannt sein; so die GM., insbs. RG. III 8. Dez. 80 E. 3 93.

Im übrigen aber erfordert der Ausdruck „Handlung", daß objektiv das Vorliegen einer strafb. Hdlg. entdeckt sein muß, d. h. die Hdlg. in ihrer strafrechtl. Bedeutung; Frank N. III 2c. Dadurch wird einerseits nicht erfordert, daß die einzelnen Handlungen" bereits entdeckt gewesen seien, welche dem Täter zur Last gelegt werden; aM. zit. RG. E. 3 93. Andererseits aber genügt es nicht, wenn lediglich das objektive Resultat der strafb. Hdlg. zur Kenntnis Dritter gekommen ist, also die Wirkung oder der Erfolg der Hdlg. ohne die weitere Kenntnis davon, daß der objektive Befund von einer strafb. Hdlg. herrühre; so ist die Entdeckung einer „Vergiftung" i. S. des § 229 nicht schon dann anzunehmen, wenn zur Kenntnis gekommen, daß in dem Körper des Vergifteten sich Gift befinde; so: H. Meyer S. 215, Rubo N. 6, Baumgarten Vers. S. 466; aM. zit. RG. E. 3 93, die Hdlg. sei schon dann entdeckt, wenn die Wirkungen, welche sie hervorruft, zur Kenntnis eines Unbeteiligten gekommen seien, so daß aus ihnen auf das Vorliegen einer verbr. Hdlg. geschlossen werden könne, während nicht erforderlich sei, daß der, welcher Kenntnis von den Wirkungen erhalten, vor der Erfolgsabwendung eine Ansicht darüber sich gebildet habe, ob jene Wirkungen von einer strafb. Hdlg. herrühren; ähnlich Finger 1 322 N. 413.

25) Bis zu welchem Grade der Dritte nach Maßgabe obiger Ausführungen von der „Handlung" Kenntnis (§ 61 N. 32) erhalten haben muß, um jene als „entdeckt" erscheinen zu lassen, ist im wesentlichen Tatfrage. Grundsätzlich (N. 19) muß jedoch eine solche Kenntnisnahme seitens des Dritten für erforderlich gehalten werden, daß sie eine Verhinderung der Tat oder eine Strafverfolgung nach sich ziehen kann; RG. I 3. Mai 80 E. 1 375. Demnach wird einerseits, wie auch die GM. annimmt, volle Gewißheit nicht verlangt, andererseits aber ist ein bloß subjektiver Verdacht nicht ausreichend (RG. III 11. Jan. 82 N. 4 37), wohl aber ein „die nähere Feststellung erheischender Verdacht" (Berlin 31. März 71, 21. Sept. 75, O. 12 190, 16 592).

26) Infolge der objektiven Formulierung des Erfordernisses der Freiwilligkeit auch im Falle der Nr. 2 kommt es auf das subjektive Moment, also darauf, ob der Täter bei der Erfolgsabwendung Kenntnis von der Entdeckung hatte, nicht an; auch eine ohne diese Kenntnis (also in Wahrheit freiwillig) vorgenommene Erfolgsabwendung bringt Straflosigkeit nicht mit sich, wenn die Entdeckung bereits vorher erfolgt war; so die GM.; aM. Pape Vers. u. Volldg. b. d. Brandst. (Diss. 1889) S. 83 (btr. § 310). Andererseits schließt der irrtümliche Glaube des Täters, die Tat sei entdeckt, die Straflosigkeit nicht aus (vgl. § 20 N. 25e); Binding Grundr. S. 127, H. Meyer S. 215, Frank N. III 2d, Baumgarten Vers. S. 466.

Prozessuales. N. 27.

27) Nach der formellen Anordnung des Inhalts der §§ 43 u. 46 in zwei besondere §§. ist i. V. mit der Entstehungsgeschichte des § 46 anzunehmen, daß § 46, im bewußten Gegensatz zum PrStGB. § 31, keine negativen Begriffsmerkmale des Vers. aufgestellt hat; so RG. II 17. Juni 81 E. 4 290; aM. R. Herzog Rücktritt S. 212 ff.

Die Motive sprechen davon, daß im § 46 „Strafausschließungsgründe" aufgestellt seien. Als solche stellen sie sich auch i. S. der StPO. §§ 262, 266$_2$ dar, während sie andererseits als „Strafaufhebungsgründe" i. S. des § 295$_2$ das. gerade zu jenen im Gegensatz stehen; so die GM., insbs. RG. II 25. Nov. 87 E. 16 347; Lammasch, Obj. Gefährlichkeit S. 72, erachtet nur im Falle der Nr. 2 einen Strafaufhebgsgrd. für vorliegend, während Nr. 1 lediglich einen Strafausschließgsgrd. enthalte, „weil im Momente, in dem der Versuchende freiwillig seine Tätigkeit unterbreche, die Präsumtion des Nichtzurück-

Digitized by Google

tretens der Gewißheit des Rücktritts weiche, so daß sich in diesem Momente nicht etwa die Natur der Versuchshdlg. ändere, sondern erst jetzt ihr wahrer Charakter enthülle". AM. Löwe-H. GVG. § 196 N. 3dα (es handle sich um einen Bestandteil der Tat selbst).

Dritter Abschnitt.
Teilnahme.

1) Die „Teilnahme" im strafrechtl. S. hat die Täterschaft, d. h. die Begehung einer im Sinne der D. Strafgesetze strafb. Hdlg., zur Voraussetzung; diese aber steht wieder im engsten Zusammenhange mit dem Begriffe der Verursachung. Erfordert nämlich ein Verbrechenstatbestand nicht bloß eine Hdlg., die lediglich als solche — als reiner Ungehorsam — mit Strafe bedroht ist, sondern vielmehr eine Hdlg., insofern diese mit einer bestimmten unmittelbaren Wirkung bzw. mit einem bestimmten weiteren Erfolge verknüpft ist, so entsteht die Frage nach dem Kausalzusammenhange zwischen Hdlg. und Wirkung bzw. Erfolg.

Die Frage nach dem Kausalzusammenhange ist völlig verschieden von der nach der strafrechtlichen Verantwortung für einen herbeigeführten Erfolg. Erst wenn jene Frage bejaht ist, taucht die nach der Zurechnung des Erfolges auf, insbs. ob der Erfolg durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Täters herbeigeführt ist, bzw. ob er nach dem Gesetze auch ohne Schuld dennoch strafrechtlich zu vertreten ist (T. I Abschn. 4 N. 5).

2) Jede Veränderung, die in der Erscheinungswelt vor sich geht, beruht auf dem Zusammenwirken einer Reihe von Faktoren; alle zusammenwirkenden Faktoren sind notwendig zur Herbeiführung der Veränderung, demgemäß ist an sich jeder Faktor dem anderen gleichwertig; alle Faktoren sind gleich kausal und daraus folgt logisch, daß ihre Gesamtheit die „Ursache" der eingetretenen Veränderung bildet. Dieser Begriff der Verursachung ist aber strafrechtlich nicht verwertbar. Man steht deshalb vor der Alternative, entweder aus der Gesamtheit der Faktoren einen einzelnen herauszuheben und diesen als Ursache zu bezeichnen, oder aber eine jede der Bedingungen des Erfolges selbst schon als Ursache anzusehen. Auf diesem letzteren Standpunkte, der von praktischen Gesichtspunkten aus sich empfiehlt, steht das RG.

3) Während in den Fällen des sog. Geschehenlassens (i. anderen S. als im § 357$_1$) eine Verbotsverletzung durch eine Hdlg. bewirkt wird, indem der Handelnde, den Eintritt des Erfolges, gegen dessen Herbeiführung das StrafG. sich wendet, als das Resultat seiner Tätigkeit wollend, nach entwickelter, zu dem Erfolge hinführender Tätigkeit demnächst durch Unterlssg. einer ihn hindernden Tätigkeit lediglich geschehen läßt, können Verbotsverletzungen, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht, auch durch Unterlassgen begangen werden, sog. Kommissivdelikte durch Unterlassung (§ 1 N. 3a). Eine solche kann begründet sein entweder durch positive Gesetzesvorschrift, oder durch vorangegangene Hdlgen des Täters.

4) Wegen der Frage, ob Subjekt einer strafb. Hdlg. (d. h. Täter im weitesten S.; N. 7$_4$) nur eine physische Person oder auch eine Kollektivpersönlichkeit sein könne, vgl. T. I Abschn. 4 N. 6.

5) Täter eines Verbr. ist diejenige physische Person, welche den im Gesetze vorgesehenen Tatbestand des Verbr. ausführt.

Bildet eine Hdlg. oder eine Unterlssg. als solche, ohne Rücksicht auf irgendeine Wirkung bzw. auf einen Erfolg, den Tatbestand eines Verbr., so beantwortet sich die Frage nach den Erfordernissen für die Täterschaft ohne Schwierigkeit.

Erfordert aber der Verbrechenstatbestand eine bestimmte — unmittelbare — Wirkung und ev. außerdem einen bestimmten — entfernteren — Erfolg, so ist Täter derjenige, der diese Wirkung bzw. diesen Erfolg verursacht (N. 2) und dabei subjektiv in der vom Gesetze erforderten Weise handelt, sei es durchweg vorsätzlich oder durchweg fahrlässig, sei es teils vorsätzlich, teils fahrlässig, sei es endlich teils vorsätzlich oder fahrlässig, teils ohne jede subjektive Verantwortlichkeit (N. 1$_3$).

Digitized by Google

Die Täterschaft ist entweder eine unmittelbare oder eine mittelbare, jenachdem der Täter selbst durch eigene körperliche Tätigkeit den Tatbestand erfüllt, wobei er immerhin der Hilfe eines, sei es gutgläubigen oder dolos handelnden, anderen sich bedienen kann, oder aber den Tatbestand durch einen anderen erfüllen läßt, sei es, daß dieser ein Unzurechnungsfähiger oder ein Irrender war, sei es, daß er zwar mit Dolus handelte, aber nicht mit demjenigen des Täters, sondern mit dem des Gehilfen; vgl. § 47 N. 17. Diese mittelbare Täterschaft ist jedoch überall da nicht denkbar, wo der intellektuelle Urheber den Tatbestand nicht selbst unmittelbar ausführen konnte, insofern die erforderlichen Eigenschaften oder Verhältnisse bei jenem nicht vorliegen, wie z. B. die Eigenschaft des Täters als Mannsperson bei dem V. der Schändung (§§ 176^3, 177_1 S. 2) oder als Beamten bei den Amtsdelikten bzw. das Verhältnis des Täters zu der verhandelten Rechtssache als Partei oder Zeuge bei den Meineidsdelikten (vgl. auch §§ 47 N. 20, 48 N. 3); diese letztere, auch von Löning S. 13, Borchert Teiln. S. 106, Höpfner ZStrW. 22 207 (209, 217) u. Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 73 (der Täter habe das Geschehene stets nur mit seinen eigenen Qualitäten zu vertreten) vertretene Ansicht ist allerdings lebhaft bestritten; z. T. übereinstimmend Frank N. III 2.

6) Die Strafbarkeit des Täters ist kein notwendiges Erfordernis der Täterschaft; diese liegt vor bei Ausführung des subjektiven und objektiven Tatbestandes (so namentl. in ersterer Beziehung RG. III 28. Jan. 89 E. 18 419), während trotzdem nicht nur die Strafverfolgung aus tatsächlichen oder prozessualen Gründen (z. B. wegen Todes oder Abwesenheit des Täters), sondern auch die Strafbarkeit selbst ausgeschlossen sein kann; vgl. hierüber die Noten zum T. I Abschn. 4. Es folgt hieraus, daß, wenn das StGB. die Ausführung des Tatbestandes einer mit Strafe bedrohten Hdlg. als „strafbare Handlung" bezeichnet, dennoch eine solche Hdlg. aus rechtlichen Gründen straflos sein kann, daß es sonach straflose „strafbare Hdlgen" gibt. Im einzelnen ist zu vergleichen wegen Teilnahme: a. an Hdlgen eines D. Bundesfürsten ꝛc.: § 3 N. $19b\alpha$; b. eines Exterritorialen: § 3 N. 21; c. an Äußerungen ꝛc. eines Abgeordneten: § 11 N. 6; d. an der Berichterstattung über Landtagsvhdlgen: § 12 N. 2; e. an Hdlgen eines Geisteskranken ꝛc.: § 51 N. 13; f. eines durch unwiderstehl. Gewalt Genötigten: § 52 N. 3_2; g. eines Bedrohten: § 52 N. 14_3; h. eines in straffloser Überschreitung einer Notwehr Befindlichen: § 53 N. 18; i. eines im Notstande Befindlichen bzw. ein Notrecht (Selbsthilfe) Ausübenden: § 54 N. 3, 10; k. eines Strafunmündigen: § 55 N. 6; l. eines nicht Voll-Strafmündigen: § 56 N. 8; m. eines im Irrtum über Tatumstände Befindlichen: § 59 N. 14; n. an einem Antragsdelikte: § 61 N. 2; o. an einem gg. Einen Teilnehmer verjährten V.: §§ 66 N. 4, 68 N. 19; p. an einem Ermächtigungsdelikte: § 99 N. 3a.

7) Der Täterschaft i. S. der Alleintäterschaft treten nach Auffassung des StGB. die verschiedenen Formen der Teilnahme gegenüber, worunter nach § 50 begriffen werden: die Mittäterschaft (§ 47), die Anstiftung (§ 48) und die Beihilfe (§ 49). Diese Deliktsformen sind unter dem Begriffe der Teilnahme im technischen S. zu verstehen.

Jener Ausdruck wird aber auch noch in anderen Bedeutungen gebraucht. Im w. S. bezeichnet „Teilnahme" jede Beteiligung (§ 243^6) an oder Mitwirkung (§ 250^3) zu einer strafb. Hdlg. (N. 6), einschließlich derjenigen des Täters (vgl. §§ 115, 116, 124, 125, 128, 129), im e. S. aber die Mitwirkung der Nichttäter, d. h. der Anstifter und Gehilfen (vgl. StPO. § 3 „wenn bei einer strafb. Hdlg. mehrere Personen als Täter, Teilnehmer ꝛc. beschuldigt werden").

Wegen des Gegensatzes der eigentl. Teilnahme zur sog. notw. Teilnahme s. u. N. 11.

Wie aber Teilnahme in verschiedenen Bedeutungen gebraucht wird, so folgeweise auch „Täterschaft"; einmal bezeichnet dieses Wort — in seiner techn. Bedeutung — den Gegensatz zur Teilnahme im techn. S. (§ 50), dann aber im e. S. den Gegensatz lediglich zur Mittäterschaft (§ 47), im weiteren aber den Gegensatz zur Teilnahme im e. S. — Anstiftung (§ 48) u. Beihilfe (§ 49) — während „Täter" im weitesten S. jeden bezeichnet, der überhaupt eine strafb. Hdlg. (N. 6) begangen hat, also auch den Teilnehmer begreift.

Digitized by Google

8) Was hinsichtlich der Strafbarkeit bzw. der Strafloſigkeit vom Täter ſpeziell gilt (N. 6), hat gleichfalls von ſämtlichen Teilnehmern Geltung; demnach iſt begrifflich eine unter Beteiligung von Mittätern, Anſtiftern und Gehilfen begangene ſtrafb. Hdlg. denkbar, wenn auch keiner der Beteiligten ſtrafbar iſt. Trotzdem liegt Teilnahme im ſtrafrechtl. Sinne inſoweit vor, als ſeitens der Beteiligten, außer dem objektiven Tatbeſtande, auch der ſubjektive erfüllt wird.

9) Die „Teilnahme" iſt im Abſchn. 3 ſo vollſtändig behandelt, daß Regelung der Materie i. S. des EG. § 2 als vorliegend anzunehmen iſt; ſo die GM., insbſ.: RG. II 3. Mai 04 E. 37 138, Berlin KG. 13. Apr. 85 Jahrb. 5 353; vgl. jedoch Frank EG. § 2 N. VI. Zu beachten bleibt aber, daß der erſt durch die StGN. eingeſchaltete § 49a (daſ. N. 2) keinen allg. Grundſatz über die Teilnahme aufſtellt, daß er deshalb auch die Materie nicht mit regelt.

Es folgt hieraus i. V. mit dem zum EG. § 2 N. 11 ff. Ausgeführten, daß die Grundſätze des Abſchn. 3 auf alle im StGB. ſelbſt oder in Sondergeſetzen mit Strafe bedrohten Hdlgen Anwendung finden, ſoweit nicht im StGB. ſelbſt oder in den nach EG. § 2_2 in Kraft bleibenden beſonderen Strafgeſetzen abweichende Beſtimmungen ausdrücklich getroffen ſind oder aus ihrem Sinne ſich ergeben; ſo: RG. I 27. Jan. 81, II 12. Nov. 80, 10. Feb. 82, 27. Apr. 83, III 21. Dez. 81, E. 4 1, 2 439, 5 435, 8 294, 5 275, zit. E. 37 138.

Derartige Ausnahmen finden ſich in den Geſetzen, auch im StGB. (vgl. § 102 N. 7a), wiederholt. Als Ausnahmen ſind ſie jedoch ſtreng auszulegen; daher wird, wenn das Geſetz nur eine beſtimmte Form der Teilnahme, z. B. Beihilfe (§ 49), und auch dieſe eben nur in einer beſtimmten Begehungsart, ſtraflos läßt, keineswegs mit v. Kries ZStrW. 7 553 die Strafloſigkeit auch aller anderen Formen und Arten zu behaupten ſein. Ausnahmen von den allg. Grundſätzen über Teilnahme ſind vorzugsweiſe aus folgenden Geſichtspunkten begründet:

a) Wenn ein StrafG. im Falle der ſog. notw. Teiln. (N. 11) nur die Hdlg. des Einen, nicht aber die notwendige Mitwirkung der anderen Perſon unter Strafe ſtellt, ſo iſt zu prüfen, ob nicht der Wille des Geſetzes dahin geht, die Hdlg. dieſer zweiten Perſon überhaupt ſtraflos zu laſſen; zit. RG. E. 8 294 (dieſe Frage bezüglich des Erſtehers eines ungeſtempelten ausl. Prämienloſes nach dem G. v. 8. Juni 1871 btr. Inhaberpapiere mit Prämien bejahend), v. Liszt S. 233, v. Kries aO. 555, insbſ. auch Freudenthal Notw. Teiln. S. 109, 116, der dem für die notw. Teiln. geltenden Satze noch eine weitere Ausdehnung gibt. Dagegen erachtet RG. I 10. Dez. 88 N. 10 713 bei einem Verg. aus § 270 PrStGB. (vgl. u. T. II Abſchn. 25 N. 3b) die Strafbarkeit des als Täter nicht ſtrafbaren Empfängers des Geldes als Anſtifters nicht für ausgeſchloſſen (freilich ohne poſitive Begründung), IV 4. Juni 01 E. 34 273 ebenſowenig die Strafbarkeit des Ankäufers aus VerſicherungsG. § 187_2. Vgl. auch KO. § 241 N. 11 ſowie § 331 N. 1_2.

b) Diejenige Perſon, zu deren Schutze ein StrafG. erlaſſen iſt, kann niemals wegen Teiln. an der Zuwiderhdlg. dagegen beſtraft werden; v. Liszt S. 233, v. Kries aO. S. 527. Dieſer Satz hat im einzelnen bereits vielfach Anerkennung gefunden, insbſ. auch ſeitens RG. II 30. Nov. 88 E. 18 273 ſpeziell für die §§ 174^{1-3}, 181^2, 235, 301, 302a ff.

Vgl. auch über das Verhältnis des Subſidiarität der Strafbeſtimmungen gg. Anſtiftg. u. Beih. gegenüber denjenigen gegen die Haupttat § 73 N. 13b 2.

10) Streitig iſt insbſ., ob es auch eine aus den §§ 47 ff. ſtrafb. Teilnahme von Zivilperſonen an ſog. militäriſchen V. o. V., d. h. an den im MStGB. mit Strafe bedrohten Hdlgen, gibt. Die Frage iſt zu bejahen und zwar einmal, weil die allgemeine Faſſung des § 2 daſ. für die Bejahung ſpricht (vgl. jedoch Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 92 f.), dann aber auch, weil die im StGB. (vgl. §§ 112, 141, 142_2) getroffenen Sonderbeſtimmungen für die praktiſch wichtigſten Fälle dem Bedürfniſſe nicht genügen, im übrigen aber das StGB. ſelbſt keinen beſchränkenden Grundſatz enthält. So: RG. II 1. Apr. 87, III 5. Apr. 94, I 8. Apr. 95, E. 15 396, 25 234, 27 158, Seuffert v. Liszt Europ. Strafr. I 75, Hecker Militärſtrafr. S. 88, G. 30 136 u. Abhdlgen S. 64 ff., v. Koppmann MStGB. 1885

Digitized by Google

S. 162 ff., F. Koppmann Teiln. v. Zivilpers. an milit. Delikten (1903) S. 49. Wegen Bestrafung des Anstifters o. Gehilfen zu einem milit. V. vgl. §§ 48 N. 32 b, 49 N. 26 sowie wegen Begünstgg. eines milit. V. § 257 N. 4.

11) Von der bisher behandelten eigentlichen (freiwilligen) Teilnahme (N. 7—10) wird die sog. notwendige Teilnahme unterschieden. Bei ihr findet ein Zusammenwirken mehrerer Personen statt, nicht aber sowohl zur Verursachung eines gemeinschaftlichen Erfolges, als vielmehr zur Herstellung eines mehrere Hdlgen umfassenden Verbrechenstatbestandes; vgl. MStGO. § 35; jenes Zusammenwirken, das ein gegenseitiges (sich begegnendes) oder ein nach Einer Richtung hinzielendes sein kann, bedingt nicht, daß alle Mitwirkenden auch schuldhaft beteiligt seien; eine Mehrheit von Verbrechern ist sonach nicht Voraussetzung. Dieser namentl. von Schütze Notw. Teiln. S. 320 f. vertretenen Auffassung des Begriffs wird (trotz Abweichung bei Beurteilung mancher einzelnen Delikte) mit der überwiegenden M. auch diesseits gefolgt. Nicht selten wird jedoch für die notw. Teiln. „begriffsmäßige Verbrechermehrh." gefordert; vgl. übrigens jetzt namentl. Freudenthal Notw. Teiln.

Was das Verhältnis der notwendigen zur eigentl. Teiln. anbetrifft, so stehen sie nicht etwa, wie das N. 9a zit. RG. E. 8 294 anzunehmen scheint, in einem einander ausschließenden Gegensatz zueinander. Vielmehr kann bei einem eine notw. Teiln. erfordernden Verbr. je nach Lage der Sache zugleich eine eigentl. Teiln. stattfinden oder nicht. Ist ersteres der Fall, so wird die Natur des eine notw. Teiln. erfordernden Verbrechens einen gewissen Einfluß auf die Erscheinungsform der Teiln. i. e. S. ausüben. So findet — wenigstens für die Regel, wenn auch nicht durchweg (Freudenthal aO. S. 41) — ein örtliches und zeitliches Zusammenhandeln der Mittäter statt (§ 47 N. 12). Notwendig ist ferner, daß das Verhältnis aller Mittäter in Hinsicht auf die Vollendung der Tat oder die ihr vorangehenden Stadien des Versuchs bzw. der Vorbereitung das gleiche sei (§ 47 N. 21_3); namentl. ist es undenkbar, daß von zwei Mittätern an einer eine notw. Teiln. erfordernden strafb. Hdlg. Einer der vollendeten Tat, der andere dagegen nur des Versuchs schuldig sei; RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408 btr. des Zweikpf. (§ 205), Freudenthal aO. S. 47.

§. 47.

Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 45. StB. S. 226.

Anstiftung 3. Mittäterschaft 23.
Ausführung, gemeinschaftl. 3, 14 b,
  Stellung d. Theorie u. Praxis 4, 5, 6,
  insbs. d. RG. 6 a a.
Begehung, gemeinschaftl. 8,
  fortgesetzte 9.
Beihilfe 3. Mittäterschaft 23.
Bestrafung 24—26.
Dolus des Mittäters 5.
Exzeß 15.
Fahrlässigkeit, Zusammenwirken 10.
Formulierung d. Eröffnungsbeschluß 29.
Gemeinschaftlichkeit, d. Ausführg. 3,
  d. Begehung 8.
Gemischter Standpunkt 5.
Handlung, strafb. 2,
  vorsätzl. und fahrl. 10.
Konkurrenz 23.
Mehrere 1.
Mittäter, Begriff 3,
  Anzahl 26,
  Differenzen unter denf. 15—16.
Mittäterschaft, sukzessive 12,
  bei Anstiftg. u. Beihilfe 22,
  beim del. proprium 20,
  bei Kommissivdelikten 18,
  bei Omissivdelikten 19.
Objektiver Standpunkt 4_2.
Privilegierung eines Mittäters 16.
Rücktritt 27.
Straflosigkeit 27.
Subjektiver Standpunkt 4_1.
Täter, Bestrafung als . . 24.
Teilnahme, notwendige 12.
Umstand, straferhöh., Ausführg. dch. einen Mittäter 11.
Verjährung 28.
Verständigung unter d. Mittätern 9.
Versuch d. Mittäterschaft 21.
Werkzeug, Dritter als . . 17.
Zusammenhang, prozessual. 28.
Zusammenwirken, einverstdl. 7.
Zuständigkeit 30.

Gemeinschaftliche Ausführung durch mehrere im allg. N. 1—10.

1) Der § 47 handelt von der als Mittäterschaft sich darstellenden Form der Teilnahme (T. I Abschn. 3 N. 7—10). Diese liegt vor, wenn „mehrere eine strafb. Hdlg. gemeinschaftlich ausführen"; sie bezeichnet somit den Gegensatz zur Alleintäterschaft, da das RStGB. im Unterschiede von PrStGB., das ausweislich der häufig gebrauchten Wendung „zwei oder mehrere Personen" unter „Mehreren" stets „mehr als zwei Personen" verstand (Goltd. Mat. 2 128), nach feststehendem Sprachgebrauch unter „mehreren" lediglich

Digitized by Google

„mehr als eine Person", also Pluralis und Dualis, versteht; so die GM., insbs. RG. I 11. Juli 87 E. 16 173.

2) Mittäterschaft erfordert die gemeinschaftl. Ausführung „einer strafbaren Handlung" seitens mehrerer. Wegen des Begriffes der „strafb. Hdlg." sind zu vergleichen im allgemeinen T. I Abschn. 3 N. 6, im einzelnen die das. zitt. Stellen.

Ins Gewicht fällt aber, daß immer Mittäterschaft an einer konkreten strafb. Hdlg. in Frage steht; deshalb kann Mittäterschaft in dem Umfange stattfinden, wie in concreto ein Handeln als einheitliche strafb. Hdlg. sich darstellen kann. Daraus ergibt sich die Möglichkeit des Vorliegens einer Mittäterschaft in der Weise, daß die äußere Tätigkeit der einzelnen Mittäter eine verschiedenartige sein kann, derartig, daß der äußere Tatbestand der einzelnen Mittäter je unter ein verschiedenes Strafgesetz fallen bzw. wenigstens je einen verschiedenen Mischtatbestand desselben Strafgesetzes darstellen kann. So RG. III 1. Juli 65 N. 7 453, 8. Jan. 96 E. 28 100, btr. des letzteren Falles, indem es „gemeinschaftl. Begehung" seitens mehrerer i. S. des § 119 — u. somit Mittäterschaft (s. u. N. 8) — auch dann als möglich annimmt, wenn der eine des tätl. Angriffs, der andere des Widerstds. durch Gewalt überführt sei. Wie bei der fortgesetzten strafb. Hdlg. (§ 73 N. 6 ff.) ein gegen verschiedene Strafgesetze verstoßender Tatbestand als einheitliche Straftat aufeinanderfolgend von Einem Täter begangen werden kann, so entsprechend bei der Mittäterschaft ein gleichfalls gegen verschiedene Strafgesetze verstoßender einheitlicher Tatbestand nebeneinander von mehreren Tätern.

3) Während die äußere Tätigkeit bei der „gemeinschaftl. Ausführung" einer strafb. Hdlg. unter verschiedene Personen verteilt sein kann, folglich in sich teilbar ist, erscheint der Dolus bei der Mittäterschaft insofern unteilbar, als jeder Mittäter notwendig den auf Verwirklichung eines Verbr. als eigenen gerichteten Vorsatz besitzen muß; RG. III 18. März 86 E. 14 28. Der Vorsatz des Mittäters muß deshalb auch darauf gerichtet sein, mit seinem Tun zugleich die Straftat des Mittäters zur Vollendung zu bringen; wo das nicht möglich, entfällt auch die Möglichkeit einer Mittäterschaft; RG. I 24. März 04 E. 37 92 (btr. Unmöglichkeit der Mittäterschaft i. F. des § 156). Jeder Mittäter muß sonach mit dem Dolus des Täters handeln; eben weil dieser Dolus fehlt, wird auch der, welcher in Idealkonk. Anstifter und Gehilfe des Haupttäters ist, nicht zum Mittäter (Berlin 24. Feb. 85 St. 5 17); dagegen ist wohl möglich, daß an verschiedenen Straffällen mehrere als Mittäter derartig beteiligt sind, daß auf seiten des einen mehrere selbständige Handlungen (§ 74), auf der des anderen ein fortgesetztes Delikt (§ 73 N. 6 ff.) vorliegt; RG. IV 14. Dez. 00 E. 34 47. Das Vorhandensein jenes Dolus deckt aber bei gemeinschaftl. Begehung einer strafb. Hdlg. durch mehrere auch die äußere Tätigkeit der übrigen Teilnehmer, derartig daß deren Tätigkeit dem Mittäter zugerechnet werden kann und muß; ist der Dolus des zur Tat Mitwirkenden nicht derartig beschaffen, so beweist das entweder das Vorliegen des Exzesses auf seiten der übrigen Teilnehmer (N. 15), oder daß jener Mitwirkende nach seiner subjektiven Willensrichtung nicht Mittäter ist. Wohl aber verträgt sich mit dem Dolus des Mittäters die Verteilung bestimmter Rollen unter den Mittätern; denn deren Mitwirkung geschieht hier gleichfalls in dem Sinne, daß jeder die Tätigkeit der anderen in seinen Vorsatz aufnimmt. Maßgebend ist stets, ob der dem Handelnden innewohnende Vorsatz über die ganze Tat oder nur über einen ihrer Teile sich erstreckt.

4) Nach dem sog. subjektiven Standpunkte soll allein die Willensrichtung dafür entscheidend sein, ob eine Mitwirkung als Mittäterschaft sich charakterisiere; auf die Art der äußeren Tätigkeit soll es nicht ankommen. Diese Ansicht erscheint gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes unhaltbar; denn letzteres verlangt ausdrücklich die „gemeinschaftl. Ausführung einer strafb. Hdlg. durch mehrere". Hiernach erfordert Mittäterschaft nicht bloß Mitwirkung einer strafb. Hdlg. überhaupt, sondern vielmehr Mitwirkung bei der Ausführung selbst, d. h. bei der Vornahme der zur Erfüllung des Tatbestandes notwendigen Hdlgen (§ 43 N. 12).

Andererseits erhellt aus dem N. 3 über die Beschaffenheit des Dolus Bemerkten die

Digitized by Google

Unrichtigkeit des sog. objektiven Standpunktes, der — mit gewissen Modifikationen — jede solche Mitwirkung als Mittäterschaft ansieht.

5) Streitig ist aber, wie das Erfordernis der „gemeinschaftl. Ausführung" zu verstehen sei; aus seiner verschiedenen Auffassung ergeben sich die zwei Richtungen des sog. gemischten Standpunktes. Ausgehend von der an sich richtigen Ansicht btr. des Begriffes der Ausführung (N. 4_1) verlangen die Einen, daß jeder Mittäter eine Tatbestandshdlg., sei es allein, sei es mit andern zusammen, vorgenommen haben müsse. Allein diese Ansicht stößt zunächst in der praktischen Durchführung auf solche Schwierigkeiten, daß schon deshalb Bedenken gegen ihre Richtigkeit sich erheben. Wollte die Praxis ihr folgen, so würde sie in unzähligen Fällen sich außerstande sehen, überhaupt eine Bestrafung wegen Täterschaft oder Mittäterschaft eintreten zu lassen, weil in den Fällen der Beteiligung mehrerer bei der Ausführung der strafb. Hdlg. häufig nicht festzustellen ist, wer gerade die Tatbestandshdlgen vorgenommen hat; man würde nicht selten sämtliche Beteiligte nur wegen Beihilfe verurteilen können. Es fehlt jener Ansicht aber auch an der inneren Begründung; nimmt jemand nur überhaupt an der „Ausführung" mit dem Dolus des Täters teil, so ist gleichgültig, welche besondere Tätigkeit er hierbei entwickelt; denn nach der Beschaffenheit seines Dolus (N. 3) ist ihm die Tätigkeit der übrigen Mitwirkenden ohne weiteres zuzurechnen; darnach ist es gleichgültig, ob der an der Ausführung z. B. eines Diebst., wie sie tatsächlich sich abspielt, mit Täter-Dolus Teilnehmende nur Wache steht 2c., da die von anderen vorgenommene Wegnahme auch ihm zuzurechnen ist. Endlich kommt hinzu, daß die Motive offenbar von der gleichen Auffassung ausgegangen sind; denn wenn sie auch das „rein äußerliche Moment der gemeinschaftl. Tätigkeit bei der Ausführung der Tat" nicht verkennen, so heben sie doch anderererseits hervor, daß „nicht sowohl das Maß und die Bedeutung der Mitwirkung zu der Tat" das entscheidende Moment bilde, sondern vielmehr die „Absicht, aus welcher sie entsprungen" (N. 3); diese Auffassung hat aber in den RGhdlgen Widerspruch nicht erfahren.

Ob jemand bei der Ausführung der strafb. Hdlg. tätig gewesen sei, ist wesentlich Tatfrage; die räumliche u. zeitliche Erstreckung der Tat wird daher festzustellen und danach zu entscheiden sein, ob jemand an der Ausführung selbst teilgenommen habe; ist diese Frage tatsächlich zu verneinen, so kann — trotz eines weitergehenden Dolus — nicht Mittäterschaft angenommen werden, sondern nur eine andere Form der Teilnahme (Anstiftg. o. Beihilfe); insoweit kommt das objektive Moment zur Geltung.

6) In Praxis und Theorie vertreten

a. den gemischten Standpunkt (N. 5) und zwar:

α. den oben dargelegten, wonach die Vornahme einer Tatbestandshdlg. nicht erforderlich ist, vor allem das RG., dessen Ansicht III 10. Jan. 87 E. 15 295 dahin zusammenfaßt: Mittäterschaft setze keineswegs eine Beteiligung an der Realisierung der Tatbestandsmerkmale voraus, immer aber „gemeinschaftl. Ausführung"; die Notwendigkeit des hierin enthaltenen Merkmals werde durch den auf die Tat als eigene gerichteten Willen nicht etwa aufgehoben, vielmehr dürfe, wenn ein solcher Wille bewiesen sei, eine Gemeinschaftlichkt. der Ausführung auch dann als vorhanden angesehen werden, wenn die äußere Tätigkeit des einen Mittäters in der erwähnten Art sich eingeschränkt habe; irgendeine der Vollendung der Tat vorangehende Mitwirkung, wenn auch unter Umständen eine bloß intellektuelle, müsse stattgefunden haben. So früher schon einerseits III 12. Mai 80 E. 2 160 u. auf dieses sich beziehend: I 7. Jan. 81, II 16. Okt. 83, III 18. März 86, E. 3 181, 9 75, 14 28, welche im ganzen mehr das subjektive, ferner III 19. Dez. 94, 7. Jan. 95, E. 26 345, 351 (schon die Mitanwesenheit bei der Ausführung sei dann geeignet, die Annahme der Mittäterschaft zu begründen, wenn dadurch nach dem Willen des Anwesenden die Ausführung auf psychologischem Wege gefördert werden solle), 9. März 96 E. 28 304 (Mittäterschaft verneinend, weil kein Beitrag zur Ausführg. der Tat, nicht einmal intellektuelle Unterstützg. des Täters festgestellt sei), andererseits III 9. Feb. 81 R. 3 28, II 17. Mai 81 E. 4 177, sowie das N. 21_3 zit. E. 9 3, welche mehr das objektive Moment betonen. Es kann dahingestellt bleiben, ob RG. nicht in konkreten Fällen in der Billigung der An-

Digitized by Google

nahme einer Mitwirkung an der „Ausführung" zu weit gegangen sei; vgl. namentl. III 3. Mai 86 N. 8 337 sowie das zit. E. 15 295 u. besonders btr. der Frage, inwieweit schon die Beteiligung an Vorbereitungshdlgen zur Herstllg. der Mittäterschaft genügen kann: III 7. Jan. 95 E. 26 351. So ferner: Dresden 19. Okt. 74, Mannheim 30. Sept. 76, St. 5 11, 7 108, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze S. 123, Schmidt Mittäterschaft (Worms 1882) S. 37 f., Kohler Studien 1 96 ff., auch wohl Binding Grundr. S. 135 f.;

β. den früher diesseits geteilten, wonach eine Tatbestandshdlg. als erforderlich erachtet wird; so in konstanter Praxis Berlin (z. B. 31. Okt. 72, 5. Feb. 74, 24. Feb. 75, St. 2 177, 3 331, 5 17) u. München (4. Jan., 21. März, 11. Nov., 13. Dez. 73, 23. Apr., 13. Nov. 75, 7. Juli 77, St. 2 146, 283, 3 225, 195, 5 13, 341, 8 70), ferner: Geyer 1 138 ff., HH. 2 408, 4 168 u. HRl. „Mittäterschaft", Hälschner 1 377, 420, Löning S. 93 f., 97, Merkel S. 142, H. Meyer S. 235 u. Anfang d. Ausführung S. 43 ff., Schütze S. 148, Oppenh.-D. N. 13, Ruhstrat GS. 32 182;

b. den subjektiven Standpunkt (N. 4_1): Stuttgart 15. Apr. 74 St. 4 49 (jede Mitwirkung zu dem gemeinschaftl. beabsichtigten Erfolge), v. Buri Teiln. S. 2 ff., Kausalität S. 124, GS. 25 238, 28 196 u. ZStrW. 2 276;

c. den objektiven Standpunkt (N. 4_2), und zwar

α. daß die Ausführungs- (Versuchs-) Hdlgen insgesamt Täterschaft (somit Vorbereitungshdlgen nur Beihilfe) seien: Berner S. 161, Finger 1 339, 354, Lammasch Grundr. d. Strafr. S. 29, v. Lilienthal S. 45, v. Liszt S. 223, 228, Birkmeyer Teiln. S. 102, mit einer Modifikation S. 113 (s. o. § 43 N. 14_3), sowie Frank N. II, dieser jedoch mit Unterscheidung zwischen mehr- und minderwertigen Bedingungen des Erfolges;

β. daß jede bewußte Mitwirkung bei der Ausführung Mittäterschaft, vor der Ausführung Beihilfe sei (concursus antecedens u. concomitans): Fuchs G. 29 174.

7) Daraus, daß im § 47 für den Fall der „gemeinschaftl. Ausführung einer strafb. Hdlg. durch mehrere" eine ausdrückliche Bestimmung dahin getroffen ist, daß „jeder als Täter zu bestrafen", folgt, daß der Gesetzgeber vorzugsweise an den Fall gedacht hat, der gesamte Tatbestand werde seitens keines der Beteiligten allein, sondern vielmehr nur durch ihr Zusammenwirken ausgeführt; denn für jenen Fall würde es selbstverständlich sein, daß jeder, mindestens (N. 8), mit der Strafe des Täters zu belegen sei. Soll nach der Bestimmung des § 47 im letzteren Falle „ein jeder als Täter" bestraft werden, so setzt das nicht bloß den Täterdolus bei jedem einzelnen voraus, sondern auch, daß alle die Ausführung der Tat im bewußten und gewollten, sozusagen einverständlichen, Zusammenwirken mit einander vornehmen; nur eine solche Tätigkeit rechtfertigt die Annahme einer „Gemeinschaftlichkeit der Ausführung" und deshalb die Bestrafung eines jeden als Täters, trotzdem die äußere Hdlg. den Verbrechenstatbestand nicht erfüllt; anderenfalls würde höchstens ein gleichzeitiges Zusammenwirken vorliegen. So die GM., insbs.: RG. III 17. Dez. 81 E. 5 306, Berlin 24. Okt. 78 D. 19 477. AM. H. Meyer S. 226, der ein Einverständnis zwischen den Mittätern nicht für nötig hält, während Geyer HRl. „Mittäterschaft" zugibt, daß § 47 freilich nur auf die mit gegenseitigem Bewußtsein Zusammenwirkenden anwendbar sei, gleichwohl aber aus dem Begriff der Täterschaft auch für das geltende Recht die Annahme einer einseitigen Mittäterschaft ohne gemeinsam bewußtes und gewolltes Zusammenwirken für begründet erachtet; ähnlich Kohler Studien 1 105, Mittäterschaft sei ohne reziprokes Bewußtsein von einander möglich; nötig sei lediglich reziprokes Wirken, das nur auf der einen Seite Tendenz, auf der anderen Benutzung der gewährten Unterstützung voraussetze. Nur auf den ersten Anschein mit Recht geht H. Meyer S. 224 ff. von der allgemeinen Bedeutung der Frage für alle Formen der Teiln. aus; vgl. jedoch §§ 48 N. 13, 49 N. 17.

Wenn übrigens auch der Gesetzgeber vorzugsweise den eben bezeichneten Fall im Auge gehabt hat, so ist doch nach der Wortfassung des §. anzunehmen, daß in seinem Sinne das einverständliche Zusammenwirken auch dann als Mittäterschaft anzusehen ist, wenn jeder den gesamten Tatbestand durch seine Tätigkeit erfüllt; aM. Birkmeyer Teiln. S. 104.

8) Der Gesetzgeber hat die „Gemeinschaftlichkeit" in dem bisher erläuterten S. häufiger

Digitized by Google

als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 verwertet, so im StGB. selbst in den §§ 119, 123_3, 223a, 293. Zwar ist hier durchweg von „gemeinschaftl. Begehung", nicht von „gemeinschaftl. Ausführung" die Rede; doch liegt der Nachdruck offenbar auf dem Worte „gemeinschaftlich" (aM. Freudenthal Notw. Teiln. S. 165) und dieses läßt keine andere Deutung zu, als die in N. 7 gegebene. Wenn man nun auch „Begehung" möglicherweise in einem w. S. als wie „Ausführung", nämlich alle Formen der Teilnahme umfassend, verstehen könnte (vgl. § 115 N. 3c), so wird man doch anzunehmen haben, daß der Gesetzgeber mit jener Wendung lediglich Mittätersch. i. S. des § 47 habe bezeichnen wollen; dementsprechend bedient sich auch das bereits am 20. Juni 1872 erlassene MStGB. im $§ 55^{1-3}$ des korrekteren Ausdrucks „gemeinschaftl. Ausführung". So die GM., insbs. RG. III 11. Jan. 83, 1. Juli 85, E. 8 42, N. 7 453 (btr. § 119), III 9. Okt. 80 E. 3 7 (btr. $§ 123_3$), III 17. Dez. 81, IV 7. Mai 86, I 10. Mai 86, E. 5 306, 14 119, N. 8 348 (btr. § 223a), I 16. Juni 81 E. 4 261 (btr. § 293), RMG. II 20. Mai 03 E. 5 153 (btr. § 223a). AM. v. Buri GS. 34 353 (btr. § 223a), Freudenthal aO. S. 165 ff., 174, 183.

Das gesetzgeberische Motiv für die Straferhöhung im Falle der Mittätersch. ist das Moment der besonderen Gefährlichkeit, welche bei den btr. Tatbeständen — zum Teil ausgesprochenermaßen — in der „gemeinschaftl. Begehung seitens mehrerer" als vorliegend angenommen wurde. Wenn nun auch zugegeben ist, daß eine erhöhte Gefährlichkeit des verbr. Tuns regelmäßig schon dann eintritt, wenn die mehreren nicht „gemeinschaftlich", sondern nur gleichzeitig begehen, namentl. wenn dabei wenigstens der eine der Täter auf die ihm bekannte gleichzeitige Tätigkeit des anderen bewußt reflektiert, so erscheint doch angesichts des in jenen Gesetzesstellen aufgestellten Erfordernisses der „gemeinschaftl. Begehung" die Ansicht, daß der straferhöh. Umst. auch schon bei solcher nur gleichzeitigen Begehung, bei welcher höchstens der eine auf die Mitwirksamkeit des andern rechnet, anzunehmen sei, nicht haltbar; so RG. I 30. Juni 92 E. 23 196 (btr. § 223a) u. auch Freudenthal aO. S. 182 f.

9) In welcher Weise die Verständigung stattgefunden habe, ist gleichgültig; sie kann auf ausdrücklicher Verabredung oder auf stillschweigendem Einverständnis beruhen; RG. II 17. Dez. 81 E. 5 306, III 1. Juli 85 N. 7 453, Berlin 11. Jan. 76 O. 17 21.

Dsgl. ist es unerheblich, wann die Verständigung stattfand, insbs. ob kürzere oder längere Zeit vorher (Komplott) oder ob erst unmittelbar während der Ausführung der Tat (sog. zufällige Mittätersch.); zit. RG. N. 7 453.

Endlich ist es für den Begriff der Mittäterschaft auch gleichgültig, ob die Verständigung auf eine oder auf mehrere strafb. Hdlgen sich bezieht; notwendig bleibt aber, daß das „verständigte Zusammenwirken" gerade bei der speziellen Tat vorlag. Ausnahmsweise (vgl. §§ 243^6, 250^2) wirkt die Verbindung zur „fortgesetzten Begehung" strafb. Hdlgen straferhöhend i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295.

10) Ein einverständliches Zusammenwirken auf eine strafb. Hdlg. hin ist nur bei vorsätzlichen, nicht aber bei fahrlässigen strafb. Hdlgen denkbar; demgemäß ist Mittätersch. bei letzteren ausgeschlossen; so die GM.; aM.: Frank T. I Abschn. 3 N. IV, v. Wächter Buße S. 61, während Hälschner I 442 annimmt, daß es zwar sachlich „fahrl. Mittätersch." geben könne, daß dagegen die Bestimmungen des Gesetzes nur auf vorsätzl. Mitwirken bei Verübung eines Deliktes sich bezögen. Dsgl. ist Mittätersch. ausgeschlossen, wenn der eine einem Strafgesetze vorsätzlich, der andere aber fahrlässig entgegenhandelt; RG. IV 14. Juni 92, 1. März 95, G. 40 159, 43 34 (btr. Nahrungsmittel G. §§ 12, 14 bzw. StGB. §§ 211, 222). Vgl. Wuttig Fahrl. Teiln. am Verbr. S. 10, 117 f.

Denkbar ist, daß die mit Strafe bedrohte Herbeiführung eines Erfolges seitens mehrerer Personen geschehen ist, von denen der eine vorsätzlich, der andere fahrlässig, oder die beide fahrlässig handelten; dann haften diese nebeneinander als Täter, ohne Mittäter i. S. des § 47 zu sein; RG. I 5. Dez. 82 E. 10 8, zit. G. 43 34, Berlin 9. Jan. 73 St. 2 275, 26. Jan. 75 O. 16 76.

Einzelheiten btr. der objektiven und subjektiven Seite bei der gemeinschaftl. Ausführung. N. 11—17.

Digitized by Google

11) Aus dem N. 7 Bemerkten ergibt sich, daß es genügt, um alle Mittäter in vollem Umfange verantwortlich zu machen, wenn — abgesehen von den Fällen eines Exzesses (N. 14b, 15) — auch nur einer einen im Gesetze vorgesehenen straferhöh. Umst. verursacht; so die GM., insbs.: RG. IV 7. Mai 86, 6. März 96, 18. Sept. 03, E. 14 119, 28 245, G. 50 398 (alle btr. § 224), Berlin 31. Okt. 72, 5. Sept. 73, 5. Feb., 24. Juni 74, 22. Dez. 75, 5. Dez. 77, St. 2 177, O. 14 511, St. 3 331, 4 103, O. 16 812, 18 770, München 23. Apr. 75 St. 5 13.

Dies gilt auch dann, wenn dieser eine Mittäter strafunmündig (§ 55) ist, aber mit dem nötigen Dolus handelte.

12) Da jeder Mittäter nur einen Teil des äußeren Verbrtatbestandes auszuführen braucht, so ergibt sich, daß, von dem besonderen Tatbestande einiger Fälle der sog. notw. Teiln. abgesehen (T. I Abschn. 3 N. 11_3), die verschiedenen Mittäter weder räumlich noch zeitlich zusammen zu handeln brauchen. Das Zusammenwirken muß nur ein „bewußtes oder gewolltes" und demgemäß der Wille der einzelnen darauf gerichtet sein, daß die strafb. Hdlg. durch die zusammenwirkende Tätigkeit ins Werk gesetzt werde; in diesem S. kann man von aufeinanderfolgender Mittätersch. sprechen; RG. III 11. Jan. 83 E. 8 42. Daß jeder Mittäter den zum Verbrtatbestande gehörigen Erfolg i. w. S. mit verursacht habe, ist hiernach jedenfalls dann nicht notwendig, wenn er nur überhaupt bei der Ausführung mitgewirkt hat (N. 5); Berlin 14. Juli 71, 11. Nov. 75, O. 12 412, 16 718.

13) Da jeder Mittäter mit dem Dolus des Täters handeln muß (N. 3), so ergibt sich daraus subjektiv, daß, wenn ein Verbrtatbestand eine bestimmte „Absicht" erfordert, jeder einzelne Mittäter in dieser Absicht gehandelt haben muß; so z. B. ist ein Betrug (§ 263) nur dann in Mittätersch. verübt, wenn die Absicht eines jeden „auf Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteiles" gerichtet war; so Berlin 28. Nov. 74 O. 15 821; aM. Birkmeyer Teiln. S. 143. Wo aber das Gesetz eine „Absicht" nicht verlangt, können die verschiedenen Mittäter in ihren „Absichten" ebenso auseinandergehen wie hinsichtlich des verfolgten Endzweckes; Lucas Subj. Verschuldg. S. 102. Auch braucht die Übereinstimmung der zum Verbrtatbestande gehörigen „Absicht" nicht weiter zu gehen, als das Gesetz erfordert; so genügt z. B. beim Betruge die Übereinstimmuug der Absicht innerhalb der oben bezeichneten Grenze, während die verschiedenen Mittäter hinsichtl. der Person, welcher der rechtswidrige Vermögensvorteil verschafft werden soll, auseinandergehen können, da das Gesetz es gleichstellt, ob der Täter diesen „sich o. einem Dritten" verschaffen will.

14a) Aber auch da, wo infolge des Auseinandergehens der verschiedenen Mitwirkenden hinsichtlich eines zum subjektiven Tatbestande gehörenden Momentes von vornherein verschiedene strafb. Hdlgen in Frage kommen, kann doch Mittätersch. insoweit angenommen werden, als bereits die „gemeinschaftliche" d. h. einverständliche Ausführung einen Verbrtatbestand erfüllt. So können zwei Personen in Mittätersch. die eine des Mordes, die andere des Totschlages sich schuldig machen, wenn die vorsätzl. Tötung zwar gemeinschaftlich, von dem einen jedoch mit, von dem anderen aber ohne Überlegung ausgeführt wird; RG. III 26. Apr. 83 N. 5 287, Berner S. 516. So können ferner zwei Personen Mittäter sein, dabei aber die eine nur des Verbr. aus § 229, die andere dagegen des Mordes aus § 211 sich schuldig machen, wenn beide einem anderen vorsätzlich gemeinschaftl. Gift beibrachten, aber der eine allein in Tötungsabsicht handelte; Berlin 13. Juli 74 St. 5 257. Möglich ist auch, daß von mehreren Mittätern einer mit einem einheitl. Gesamtvorsatz, ein anderer je mit besonderem Vorsatz handelt, so daß bei jenem ein fortgesetztes Delikt, bei diesem eine Mehrheit selbständiger Hdlgen vorliegt; so das N. 3 zit. RG. E. 34 47.

b) Wie weit im einzelnen Falle das Einverständnis hinsichtlich des objektiven Tatbestandes und damit die Gemeinschaftlichkeit bei der Ausführung reicht, ist Tatfrage; die Entscheidung ist stets nach der konkreten Sachlage zu treffen, ohne daß Präsumtionen aufgestellt werden dürfen; Rüd.-St. N. 4. Dabei ist jedoch zu beachten, daß ein Einverständnis nicht nur vorliegt, soweit die Ausführung der Tat im besonderen verabredet ist, daß vielmehr häufig bei Verabredung einer strafb. Hdlg. im allg. diejenige Art der Ausführung als auf dem Einverständnis aller beruhend anzusehen ist, welche bei der Ausfüh-

Digitized by Google

rung der Tat von einem einzelnen als notwendig erachtet wird, mag man auch vorher daran nicht gedacht haben, so z. B. ein Einbruch bei Vornahme eines Diebst. Lag aber der Fall so, daß jemand bereits in diebischer Absicht eingebrochen war, die Wegnahme jedoch noch nicht vollendet hatte, so kann dem — erst nach Abschluß des Einbrechens — hinzutretenden Mittäter der straferh. Umst. des § 243[3] nicht zugerechnet werden, da die bloße nachträgliche Kenntnis, auch falls darin eine Billigung liegt, dennoch eine strafrechtl. Verantwortlichkeit für das von anderen Getane nicht zu begründen vermag (s. auch u. N. 18, 21); RG. II 2. Juni 85, III 21. Jan. 86, R. 7 341, 8 80.

15) Für jeden sog. Exzeß, den einer der Mittäter nach der subjektiven (N. 14a) oder objektiven (N. 14b) Seite unternimmt, haftet er allein als Täter.

Ein Exzeß liegt aber nicht vor, wenn einer der Mittäter einen straferhöh. Umst. verursacht, den das Gesetz dem Täter ohne Rücksicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurechnet (T. I Abschn. 4 N. 3). Da ein solcher Umst. nur als Folge der Tat selbst in Betracht kommt, die Tat aber unter gemeinschaftl. Verantwortung ausgeführt wurde, so haben ihn alle Mittäter zu vertreten (RG. IV 7. Mai 86 E. 14 119 btr. § 224), es sei denn, daß nach der entscheidenden tatsächl. Lage (N. 14b) das ursprünglich bewußte Zusammenwirken der Mittäter und somit die Gemeinschaftlichkeit ihres Handelns aufgehört hatte, als der nunmehrige Alleintäter, z. B. durch den den übrigen unbekannten Gebrauch eines gefährl. Werkzeuges, den straferhöh. Umst. herbeiführte; RG. II 1. Okt. 86, 9. Jan. 91, R. 8 577, E. 21 267, IV 18. Sept. 03 E. 50 398 (alle btr. §§ 223a, 224).

16) Die für den Exzeß (N. 15) geltenden Grundsätze greifen auch für die Fälle Platz, in denen der Tatbestand des einen Delikts denjenigen des anderen umfaßt, der Hinzutritt unterscheidender Merkmale aber die Anwendung des milderen Strafgesetzes begründet; so ist es möglich, daß bei gemeinschaftl. Ausführung eines Diebst. durch zwei Personen der eine Mittäter aus § 242, der andere aus § 370[5] zu bestrafen ist; RG. II 13. Feb. 85 E. 12 8.

17) Von einer auf „einverständlichem Handeln" beruhenden Mittätersch. kann da keine Rede sein, wo der eine den andern bei Ausführung der Tat als bloßes Werkzeug benutzt, was nicht bloß dann möglich ist, wenn letzterer unzurechnungsfähig ist (§§ 51 N. 13[3], 55 N. 6), so daß er den nötigen Dolus nicht hat (noch weitergehend Frank N. V[2], auch T. I Abschn. 3 N. IV, sowie Freudenthal Notw. Teiln. S. 155), oder durch unwiderstehliche Gewalt gezwungen wird (§ 52 N. 3), sondern namentl. auch dann, wenn letzterer in Unkenntnis über die die Strafbarkeit bedingenden Tatumstände handelt (§ 50 N. 10); hier ist derjenige, der des anderen lediglich als Werkzeug sich bedient, Alleintäter (T. I Abschn. 3 N. 5[4]); RG. III 17. Jan. 80 E. 1 146, Berlin 3. Nov. 74 St. 4 257, Finger 1 336, v. Liszt S. 222, Kohler G. 47 119, im praktischen Resultat und nach dem Standpunkte des StGB. auch Birkmeyer Ursachenbegr. S. 79; vgl. auch Teiln. S. 158.

Denkbar ist auch, daß jemand eine straſb. Hdlg. als Alleintäter unter Benutzung eines sog. dolosen Werkzeuges ausführt; wer mit Kenntnis der verbrech. Absicht des Täters und selbst dolos einen Teil des Tatbestandes ausführt, wird dadurch nicht zum „Mittäter", falls er nicht mit dem Dolus des Täters handelt (N. 3—5); er selbst wird dann nur als „Gehilfe" (§ 49) verantwortlich, während er vom Standpunkte des Täters ein doloses Werkzeug ist; RG. II 10. Juni 84 R. 6 416 (btr. § 242), IV 18. März 98 E. 31 80 (btr. § 137), Oppenh.-D. N. 4; vgl. andererseits aber Frank T. I Abschn. 3 N. III[2], sowie namentl. Mittermaier ZStrW. 21 255. In dem diesen Standpunkt gleichfalls vertretenden Berlin 17. Okt. 72 St. 2 142 ist mit Recht der Vater als Täter unter Benutzung seines Sohnes als dolosen Werkzeuges angesehen worden; die Straftat des Sohnes, welche nicht der gerichtlichen Entscheidung unterstand, konnte nur als Beihilfe zur Hehlerei oder als selbständige Hehlerei (in Alleintäterschaft verübt) angesehen werden; so Oppenh.-D. N. 4, ähnlich Stenglein St. 2 142 N. *; aM. Meves StRZ. 12 162.

Mittäterschaft bei einzelnen Delikts-Arten u. -Formen. N. 18—22.

18) Handelt es sich um ein Kommissivdelikt (§ 1 N. 3a), so kann Mittätersch. bei völliger Untätigkeit nicht angenommen werden, selbst dann nicht, wenn der Betreffende

Digitized by Google

um die Hdlg. des anderen wußte und sie billigte (N. 14b); RG. I 15 Jan., 6. Dez. 80, 13., 17., 17. Jan. 81, E. 1 145, 3 142, 268, 270, 273, Berlin 26. Feb. 75 St. 5 12.

Dagegen genügt eine sog. qualifizierte Unterlsg. für die Annahme einer Mittäterschaft, falls sie den allg. Grundsätzen gemäß (T. I Abschn. 3 N. 3) kausal wirkt; so ist z. B. Mittäterschaft angenommen worden:

beim Betruge (§ 263 N. 54a) in einem Falle, wo jemand durch Schweigen zu den falschen Vorspiegelungen seines Genossen wahre Tatsachen unterdrückte; Berlin 22. Jan. 74 St. 3 351;

beim Inverkehrbringen von fälschlich bezeichneten Waren, wobei der Geschäftsherr die von einem Prokuristen im Geschäfte vorgenommene strafb. Hdlg. stillschweigend gebilligt hatte; Berlin 8. Okt. 75 O. 16 645.

Demgemäß können auch mehrere durch Unterlassungen als Mittäter ein Kommissivdel. begehen; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 354.

19) Bei den Omissivdelikten (§ 1 N. 3b) erfüllt jeder durch Unterlsg. der ihm gebotenen Hdlg. unabhängig von einem anderen den vollen Verbrtatbstd.; insofern kann bei diesen Delikten von einer Mittäterschaft i. S. des § 47 (N. 7) nicht die Rede sein, sondern jeder Unterlassende ist als Alleintäter verantwortlich; Berlin 24. Juni 74 O. 15 434 (btr. Unterlsg. der Anzeige über den Beginn eines Gewerbes seitens der Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft), München OberstLG. 25. Juni 03 E. 3 378, Oppenh.-D. N. 20, Schwalbach GS. 31 611, Seligsohn G. 28 219, Sturm Unterlassungsdel. S. 134.

20) Bei einem sog. delictum proprium, das eine bestimmte Eigenschaft in der Person des Täters oder ein bestimmtes Verhältnis desselben zum Gegenstande des Verbr. voraussetzt, ist Mittäterschaft seitens einer Person, bei der dies nicht zutrifft, ausgeschlossen (T. I Abschn. 3 N. 5a); eine Frauensperson kann sonach nicht Mittäterin bei dem Verbr. der Schändung (§§ 176^3, 177_1 S. 2), ein nicht mit der Verwaltung eines Amtes Betrauter nicht Mittäter bei einem Amtsdel. i. e. S. (T. II Abschn. 28) sein. So: RG. I 30. März 82 N. 4 296 (btr. V. eines selbständigen Gewerbetreibenden gg. GewerbeO. §§ 115, 119), II 4. Jan. 89, 15. Okt. 97, G. 37 48, 45 431, 26. Feb. 97 E. 29 419 (Unmöglichkt. der Mittäterschaft an einer Unterschl. seitens eines die Sache Nichtbesitzenden, bzw. an dem Abtreibungsverbr. aus § 218_1 seitens eines Dritten), Berlin 15. Sept. 75 G. 23 642 (btr. V. eines Geistlichen gg. PrG. v. 21. Mai 1874), Dresden 16. Juni 71 St. 1 102 (btr. des V. aus § 288), Binding Hb. 1 185, 333, Geyer HH. 2 408, 4 169 u. HRl. „Mittäterschaft", v. Liszt S. 224, Schütze S. 336 N. 10, Oppenh.-D. N. 17, Herzog StRZ. 11 582, Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 79. AM.: Hälschner 1 438 N. 1, v. Schwarze S. 120. Eine Mittelm. vertreten Ortmann 22 392 sowie Kohler Studien 1 131 ff.

Freilich gilt auch hier das N. 14a Bemerkte entsprechend. Mittäterschaft kann vorliegen, wenn durch das verständigte Zusammenwirken zweier Personen, deren einer die btr. Eigenschaft nicht beiwohnt, der Tatbestand einer strafb. Hdlg. auch ohne Rücksicht auf die Eigenschaft des einen erfüllt wird; so z. B. bei einem Morde (§ 211), der nur für die eine Mittäterin durch ihr Verhältnis zum getöteten Kinde als Kindesmord sich darstellt (§ 50 N. 8a); so Berner S. 161; aM. Herzog StRZ. 12 231, der nur Täterschaft u. Beihilfe annimmt, und zwar je nach Umständen am gemeinen oder am Kindesmorde.

21) Wollen mehrere eine strafb. Hdlg. in Mittäterschaft begehen, so liegt, falls die Tat nicht zur Vollendung gedeiht, ein strafb. Versuch vor, „sobald die als Einheit aufgefaßten Tätigkeiten einzelner oder aller die Missetat Wollenden den Erfordernissen des § 43 entsprechen, namentl. also einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten V. o. V. enthalten"; Rubo N. 16.

Hat jeder einzelne bei der Ausführung mitgewirkt, so ist, unter der eben bezeichneten Voraussetzung, jeder als Mittäter des versuchten Verbr. schuldig.

Wenn dagegen nur einer eine Versuchshdlg. vorgenommen hat, die weitere Ausführung aber unterblieben ist, so können andere für mitverantwortlich nur erachtet werden, falls eine der voraufgegangenen Verabredung entsprechende Tätigkeit entwickelt war, mag diese auch in ihrem Maße hinter dem zurückgeblieben sein, was — im Falle der

Digitized by Google

Vollendung der Tat — zur Verurteilung wegen Mittäterſch. erforderlich geweſen ſein würde; RG. III 7. Mai 83 E. 9 3. Mit Recht verneinte deshalb das R. 14b aE. zit. RG. R. 7 341 Mittäterſch. in einem Falle, wo jemand in diebiſcher Abſicht zunächſt allein mit dem Einbruch in ein Gebäude begonnen, alſo einen Verſ. aus § 243[2] konſumiert hatte, dann aber, ſeinerſeits in fortgeſetzter Tätigkeit, in der folgenden Nacht zwei Genoſſen in die Nähe des Tatortes mitgenommen hatte, wobei es aber zu Verſuchshdlgen nicht mehr kam, ſondern infolge Hundegebells ꝛc. bei dieſer Vorbereitungshdlg. blieb. Vgl. übrigens T. I Abſchn. 3 N. 11_3.

22) Anſtiftung (§ 48) und Beihilfe (§ 49) können in Mittäterſchaft verübt werden; vgl. §§ 48 N. 5, 49 N. 24.

Anſtiftung, Beihilfe, Konkurrenz; Strafe; Strafloſigkeit durch Rücktritt. N. 23—27.

23) Wegen Anſtiftung mehrerer Perſonen als Mittäter vgl. § 48 N. 22, wegen einer mehreren Perſonen als Mittätern geleiſteten Beihilfe vgl. § 49 N. 24.

Wegen der Frage, ob Ideal- bzw. Realkonk. von Mittäterſch. möglich ſei: mit Anſtiftg. bzw. Beihilfe zu einer und derſelben ſtrafb. Hdlg. vgl. § 73 N. 13b 2, 18b, mit Begünſtigg. § 257 N. 27.

24) Jeder der Mittäter ſoll „als Täter" beſtraft werden.

Da auch Anſtiftg. und Beihilfe in Mittäterſch. verübt werden können (N. 22), ſo ergibt ſich zunächſt, daß im § 47 das Wort „Täter" unmöglich in ſeinem techn. S. (T. I Abſchn. 3 N. 7) als Gegenſatz zum Teilnehmer i. techn. S. gebraucht ſein kann. Demnach geht der Sinn der obigen Beſtimmung dahin, daß jeder, der eine ſtrafb. Hdlg. in Gemeinſchaft mit anderen ausführt, ſo beſtraft werden ſoll, als ob er allein — ſei es als Täter, Anſtifter oder Gehilfe — ſie begangen habe.

25) Gerade daraus, daß jeder „als Täter" in dem N. 24 erläuterten S. zu beſtrafen iſt, folgt, daß keineswegs auf alle Mittäter dasſelbe Strafgeſetz anzuwenden iſt; wegen der Beſtrafung eines jeden Mittäters greifen vielmehr diejenigen Straffanktionen Platz, die gegen ihn als Alleintäter Anwendung finden würden; demnach können gegen die verſchiedenen Mittäter auch verſchiedene Strafgeſetze anzuwenden ſein.

a) Ein Mittäter kann wegen Vorliegens eines Strafausſchließungsgrundes i. e. S. (nicht eines Schuldausſchließungsgrundes, mit deſſen Vorliegen Mittäterſch. nicht vereinbar ſein würde) ſtraflos, ein anderer aber ſtrafbar ſein.

b) Bei Strafbarkeit beider Mittäter kann die Hdlg. des einen überhaupt unter ein anderes Strafgeſetz fallen wie diejenige des anderen, weil die begangene ſtrafb. Hdlg. nicht ihrem ganzen Umfange nach auf einem „einverſtändlichen Handeln" beruht; N. 14, 15.

c) Unterſteht auch die ſtrafb. Hdlg. beider Mittäter an ſich derſelben Beurteilung, ſo können bei dem einen Umſtände vorliegen, welche nach allg. Grundſätzen bzw. nach § 50 (daſ. N. 3, 4) nur für ihn, — nicht für den anderen — zur Strafverminderung bzw. Straferhöhung führen.

d) Endlich iſt ſelbſtverſtändlich, daß bei Mittätern, die demſelben Strafgeſetz verfallen, ev. gegen den einen der ordentliche, gegen den anderen — bei Annahme mild. Umſt. (T. I Abſchn. 4 N. 13 ff.) — der außerordentliche Strafrahmen zur Anwendung gebracht werden kann.

26) Während in der Regel die Zahl der Mittäter für die Anwendung des Strafgeſetzes gleichgültig iſt, weshalb es auch deren Feſtſtellung nicht bedarf (N. 29_4), kann es ausnahmsweiſe einen straferhöh. Umſt. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 darſtellen, wenn eine gewiſſe Anzahl überſchritten wird. So z. B. nach WStG. §§ 146, 147b („Verbindung von drei oder mehreren Perſonen zu gemeinſchaftl. Ausübung", d. h. in Mittäterſch.) ſowie nach PrFDG. § 6[1] („gemeinſchaftl. Ausführung des Forſtdiebſt. von drei o. mehr Perſonen") u. PrFFPG. § 2[5].

27) Wer ſeine Mitwirkung zu einer ſtrafb. Hdlg. als Mittäter zugeſagt hat, bleibt ſtraflos, wenn er, von der Verabredung zurücktretend, eine Mitwirkung über-

Digitized by Google

haupt nicht ausübt; die Verabredung selbst — das sog. Komplott — ist, von Ausnahmefällen abgesehen (vgl. § 83), nicht strafbar; so die GM., insbs. (gelegentlich) RG. III 7. Mai 83 E. 9 6.

Hat aber derjenige, der als Mittäter mitwirken wollte, zum Zwecke der Ausführung bereits Hdlgen vorgenommen, so kommt in Betracht:

a) Die freiwillige Aufgabe beim nichtbeendigten Versuch nach § 46[1]. Geben sämtliche Mittäter den Vers. auf, so wird der Vers. als solcher (§ 46 N. 2, 3) straflos. Wenn dagegen einzelne der Mittäter bei der Ausführung der Tat beharren, so bleibt der Vers. strafbar, folglich auch an sich der zurücktretende Mittäter. Doch wird man für diesen Straflosigkeit dann annehmen müssen, wenn es ihm gelang, seine Wirksamkeit wieder rückgängig zu machen, weil dieser Fall sachlich dem gleich liegt, wo der Komplottant vor Beginn einer Wirksamkeit zurücktritt; Finger 1 325 N. 417, Hälschner 1 435.

b) Die Erfolgsabwendung beim beendigten Versuch nach § 46[2]. Vgl. dieserhalb § 46 N. 2, 3, 7, 18.

Trotz einer — die Straflosigkeit wg. Mittätersch. bedingenden — freiwilligen Aufgabe wird Verantwortlichkeit wegen Anstiftg. (§ 48) oder auch unter Umständen wg. Beihilfe (§ 49) bestehen bleiben können; Hälschner 1 435.

Prozessuales. N. 28—30.

28) Wegen Verjährung der Strafverfolgung bei Mittätersch. vgl. § 67 N. 16b Mittätersch. begründet jedenfalls einen Zusammenhang im prozessualen S. gemäß StPO. § 3, wenn auch die Beschuldigung mehrerer Personen „als Täter" bei einer strafb. Hdlg. nicht notwendig auf Mittätersch. i. S. des § 47 zu gehen braucht; RG. IV 19. März 93, III 22. Apr. 01, E. 25 15, 34 255.

29) Wenn das Gericht bei Eröffnung des Hauptverfahrens Mittätersch. als vorliegend annimmt, so ist dieses Merkmal gemäß StPO. § 205 in den Eröffnungsbeschluß und gemäß §§ 293, 295 das. in die im schwurgerichtl. Verfahren zu stellende Haupt- bzw. Nebenfrage aufzunehmen. Für die Regel ist eine alternative Fassung des Beschlusses bzw. der Frage — und folgeweise auch demnächst eine alternative Feststellg. — nicht für unzulässig zu erachten, da das Gesetz, von den Fällen des Abs. 2 abgesehen, nach dem Grundsatze des § 47 kein Gewicht darauf legt, ob die Tat von einem Täter oder „von mehreren in gemeinschaftl. Ausführung" (so würde im schwurgerichtl. Verfahren in Anlehnung an § 47 die Frage zu stellen sein) begangen wurde; es handelt sich nur um die eine oder andere, vom Gesetz als gleichwertig behandelte, Art der Ausführung bei Begehung desselben Delikts. Eine speziellere Feststellg. kann in den Fällen des Vorliegens sog. alternativer Mischgesetze (Wertheimer Mischgesetze S. 17 f.) ohne Verletzung des dem ganzen Strafprozesse zugrunde liegenden Prinzips des historischen Beweises (im Gegensatze zum mathematischen) nicht gefordert werden. So im allg.: RG. I 29. Sept. 84, IV 8. Apr. 92, E. 11 103, 23 47, Löwe-H. StPO. § 292 N. 2, im besonderen btr. § 47: RG. FS. 26. Aug. 85 E. 12 347 (ohne Beanstandung der alternativen Feststellg.: „allein oder in Gemeinschaft mit einem o. mehreren andern"), I 27. Nov. 02 E. 36 18 (s. d. schwurgerichtl. Verfahren unbeschadet der Anwendung der Vorschrift des § 264 StPO. — s. deshalb auch u. § 243 N. 59a), Oppenh.-D. Abschn. 3 N. 10; vgl. auch G. 40 44 N. 1.

Anders verhält es sich naturgemäß, wenn das anzuwendende StrafG. die Mittäterschaft an sich als straferhöh. Umst. hervorhebt (N. 8) bzw. sogar auf die Zahl der Mittäter (N. 26) Gewicht legt, weil dann Gleichwertigkeit mit der Alleintäterschaft nicht vorliegt.

30) Soweit die Zuständigkeit der Gerichte gemäß GVG. § 27[4–8] „nach dem Werte des Gestohlenen" 2c. bzw. „nach dem Betrage des Schadens" sich bestimmt, ist bei vorliegender Mittätersch. der Gesamtbetrag entscheidend. Dasselbe gilt im Falle des § 370[5] (vgl. insbs. RG. I 10. Mai 83 E. 8 406), ferner wenn landesrechtl. in Gemäßheit des EG. § 2, die Anwendung der Forst- u. Feldpolizeigesetze von dem Werte o. der Quantität des Objektes abhängt („geringe Quantität o. unbedeutender Wert"); Berlin 8. Okt. 73 O. 14 613.

Digitized by Google

§. 48.

Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

PrStGB. §§ 34[1], 35 Abs. 1. Entw. I §§ 40[1], 41 Abs. 1, 342 Abs. 1, II § 46.

Absichtlich 11 c.
Aburteilung, sukzessive 36.
agent provocateur 14, 21.
alias facturus 4, 24.
Anderer, ein . . 8, 15 a.
Angestifteter, individuelle Person 8,
Bewußtsein v. d. A. 15.
Anstifter, Dolus 14,
Mehrere 5.
Anstiftung, sukzessive 5,
vorsätzl., fahrl. 6.
zur Anstiftung u. Beihilfe 23,
zum delictum proprium 20,
zum fahrl. Delikt 18,
zu Kommissiv- und Omissiv-Delikten 19,
zur Mittäterschaft 22,
zum Versuch 17 a, 21,
zum delictum proprium 20.
Dolus 14.
Drohung 11 a.
Erfolg, unbeabsichtigter 17 b.
error in objecto 15 b.
Exzeß 16, 17.
Feststellung, hinsichtlich der Mittel 9, 10.
Generalklausel 10.
Handlung, strafb. 2,
konkrete Tat 7.
Irrtumserregung 11 c.
Konkurrenz 26.
Mißbrauch des Ansehens 11 b.
Mitanstiftung 5.
Mittel z. A. 9.
Exemplifikation 10.
Mittel, im einzelnen 11,
„andere" 12.
Mittätersch. bei d. A. 5.
Motive des Anst. 14.
Nebenstrafen 31.
Rücktritt 33.
Strafe 27 ff., Ausnahme 32.
Strafbarkeit 33.
Täterschaft, mittelbare 3.
Urheber, intellektueller 1.
Verjährung 34.
Versuch der A. 24,
A. zum Versuch 17 a, 21.
Verursachung 4.
Widerruf 33.
Zusammenhang, prozessual. 35.
Zuständigkeit 37.

Zu § 48 Absatz 1. N. 1—26. — Erfordernisse im allg. N. 1—17.

1) Der § 48 handelt von der als Anstiftung sich darstellenden Form der Teilnahme (vgl. E. I Abschn. 3 N. 7—10).

Indem das Gesetz als Anstifter bezeichnet, „wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafb. Hdlg. vorsätzlich bestimmt hat", wird, der Überschr. des Abschn. 3 entsprechend, unter stillschweigender Ablehnung der Auffassung des Anstifters als intellektuellen Urhebers der strafb. Hdlg., der Anstifter lediglich als Teilnehmer der von einem anderen begangenen strafb. Hdlg. hingestellt; so die GM.; aM., auch vom Standpunkte der lex lata, Kohler Studien I 106 ff., 110 ff.; vgl. aber auch Löning S. 95. Daraus folgt, daß von Anstiftg. keine Rede sein kann, wenn die btr. strafb. Hdlg. (N. 2) nicht begangen o. nicht wenigstens versucht ist.

Nur ausnahmsweise (§§ 49a, 159, 357) wird ein auf Herbeiführung einer strafb. Hdlg. gerichtetes vorsätzliches Unternehmen bestraft, auch wenn jene gar nicht begangen ist. Ob es, hiervon abgesehen, einen strafb. Versuch der Anstiftg. gebe, s. u. N. 24.

2) Die Anstiftg. erfordert sonach (N. 1), daß der Angestiftete „eine strafbare Handlung" begehe, und zwar — was die Strafbarkeit betrifft — in dem E. I Abschn. 3 N. 6 erläuterten Sinne. Diese — sei es vollendete oder nur versuchte — Tat (N. 17a) bildet eine materielle Voraussetzung der Anstiftg., weshalb ein Verstoß gegen materielle Rechtsnormen vorliegt, sobald eine Verurteilung wg. Anstiftg. auf Grund einer Feststllg. erfolgt, aus der nicht erhellt, daß auch die Tat, zu welcher angestiftet ist, begangen sei; RG. IV 15. Feb. 87 R. 9 137 sowie 4. Jan. 87 E. 15 178 (die Stellung einer Hilfsfrage gg. den als Täter Angeklagten wg. Anstiftg. sei wirkungslos, wenn nicht gleichzeitig eine anderweite Frage wg. der Haupttat gestellt werde).

Im übrigen ist „strafb. Hdlg." i. S. des § 1 zu verstehen, d. h. sowohl V. u. V. als auch Übertr. umfassend.

3) Von der Anstiftg. zu einer vorsätzl. strafb. Hdlg. (vgl. im übrigen N. 13) ist der Fall der mittelbaren Täterschaft (E. I Abschn. 3 N. 5) zu unterscheiden (vgl. § 47

Digitized by Google

N. 17); Binding Grundr. S. 136 f., Hälschner 1 368, 398, v. Liszt S. 222, Borchert Teiln. S. 99 ff.

4) Der Anstifter muß einen anderen zu der von ihm begangenen strafb. Hdlg. „bestimmt" haben; er muß den Entschluß zu deren Begehung hervorgerufen haben; aM. jedoch Birkmeyer Teiln. S. 119 ff., eine Verursachung des verbrech. Willens durch den Anstifter finde nicht statt, weil es nur um ein „Bestimmen zur Selbstbestimmung" sich handele; Anstiftg. sei deshalb Beeinflussung des Willens des Verbrechers vor Fassung des Entschlusses zum Verbr. Ein zu einem bestimmten Verbr. bereits Entschlossener kann nicht mehr angestiftet werden, weil der „bestimmende Einfluß" fehlt; doch kann möglicherweise in der entwickelten Tätigkeit Beihilfe zu finden sein (§ 49 N. 11); Finger 1 346. Unrichtig würde es sein, den bestimmenden Einfluß des Anstifters als Ursache der strafb. Hdlg. selbst zu bezeichnen; das StGB. hat den Begriff der intellektuellen Urheberschaft sich nicht zu eigen gemacht (N. 1) und sieht eine Verursachung niemals als vorliegend an, wenn eine Tat Ausfluß des verantwortlichen Willens eines anderen ist. So: Finger 1 345 N. 444, v. Liszt S. 221 u. Deliktsobligationen S. 75, H. Meyer S. 238, Frank N. 1, Rüd.-St. N. 10, Birkmeyer Ursachenbegr. S. 22, v. Buri GS. 37 Beilageh. S. 44, Wahlberg ZStrW. 2 209 ff. Dagegen erfordert RG. II 1. Feb. 87 N. 9 107 einen „ursächl. Zusammenhang" zwischen der Anstiftg. nebst ihrem Mittel und der Straftat; vgl. ferner II 24. März 87 E. 15 359, Verursachung durch intellektuelle Wirksamkeit. Eine gewisse Bereitschaft seitens des Anzustiftenden, die Tat zu begehen, die sogar schon in einem Erbieten zur Begehung sich geäußert haben kann, steht der Annahme einer Anstiftg. nicht entgegen, falls nur der Betreffende noch nicht zur Tat entschlossen war; RG. II 20. Mai 04 E. 37 171.

Dennoch ist es nicht auffallend, daß man bestrebt ist, die wesentlich tatsächliche Frage (so auch das zit. RG. N. 9 107), ob — im Falle der Begehung der konkreten strafb. Hdlg. — die behufs deren Ausführung ausgeübte Tätigkeit in Wahrheit bestimmend gewirkt habe, nach ähnlichen Gesichtspunkten zu prüfen wie die Frage des Kausalzusammenhanges (E. I Abschn. 3 N. 2). Einen Ausfluß davon s. u. N. 6_3.

5) Auch das einverständliche Zusammenwirken mehrerer kann den zur Tat bestimmenden Einfluß auf einen anderen ausüben; es wird alsdann eine Mitanstiftung seitens mehrerer nach Analogie der Mittäterschaft begangen; RG. I 7. Dez. 85, II 16. Apr. 86, E. 13 121, 14 92, Binding Grundr. S. 139, Finger 1 344, Geyer HRl. „Mittätersch.", Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 158. Insofern die Mitwirkung der mehreren Mitanstifter nicht notwendig zeitlich zusammenzufallen braucht (§ 47 N. 12), kann hier von einer „sukzessiven Anstiftg." gesprochen werden.

Streitig ist aber, ob nicht eine Anstiftg. auch durch die aufeinander folgende Tätigkeit verschiedener selbständig Handelnder begangen werden könne. Diese Frage ist unbedingt zu verneinen, für den Fall, daß die Tätigkeit des einen erst einsetzte, als durch die Tätigkeit des anderen in dem Dritten bereits der Vorsatz zur Begehung der strafb. Hdlg. hervorgerufen war (N. 4_1); so die zitt. RG. E. 13 121, 14 92. Aber auch im übrigen ist die Möglichkeit einer sukzessiven Anstiftung zu verneinen. Denn entweder wirkt die Tätigkeit des letzten bestimmend und ist folglich nur dieser Anstifter, oder es läßt der Täter durch die Gesamtheit aller Einwirkungen sich bestimmen; dann kann aber das Resultat niemandem als strafb. Anstiftg. zur Last gelegt werden, da bei dem mangelnden einverständlichen Handeln die Tätigkeit des einen nicht dem anderen zuzurechnen ist. So: Oppenh.-D. N. 24, v. Schwarze S. 132. AM.: zit. RG. E. 14 92, Finger 1 344 N. 441, Geyer 1 138 u. HH. 2 377, Hälschner 1 397, Schütze S. 153, Frank N. 11, v. Buri ZStrW. 2 273, Borchert Teiln. S. 63, Kohler Studien 1 120.

6) Der Anstifter muß einen anderen zu der von diesem begangenen strafb. Hdlg. „vorsätzlich" bestimmt haben; da dies als Tatbestandsmerkmal hervorgehoben ist, so bedarf es auch einer entsprechenden Feststellg.; München 20. Apr. 78 St. 8 74. Im übrigen, namentl. wegen des Umfanges des Vorsatzes, vgl. N. 14.

Eine fahrlässige Anstiftg. ist zwar logisch denkbar, keinesfalls aber nach dem StGB.

Digitized by Google

strafbar; Binding Grundr. 1 135, Finger 1 344, Hälschner 1 394, v. Lilienthal S. 46, H. Meyer S. 240, v. Wächter S. 255 N. 2, Frank N. I 2; vgl. auch Wuttig Fahrl. Teiln. am Verbr., insbs. S. 17, 120 f. Darüber, ob im § 329 Abs. 3 ein Fall fahrl. Anstiftg. anerkannt sei, vgl. das.

Die weitere Frage, ob sog. fahrl. Anstiftg. als „fahrl. Täterschaft" strafbar sei, beantwortet sich nach den allg. Grundsätzen über Verursachung (T. I Abschn. 3 N. 1—3). Nach diesen aber muß sie, wenn die begangene straſb. Hdlg. eine vorsätzliche ist, verneint werden, weil dann der Tatbestand durch den Täter, nicht durch den, der ihn fahrlässig zum Entschluß bestimmte, verursacht ist (N. 4); so: Hälschner 1 396, Birkmeyer aO.; aM. Geyer HH. 2 338 f. Ist die begangene straſb. Hdlg. eine fahrlässige, so ist die Verursachung und damit die Haftung des sog. fahrl. Anstifters als Täters wenigstens denkbar; so Geyer aO. S. 341, auch wohl Finger 1 344 (jeder sei für sein Tun selbständig verantwortlich), während Hälschner u. Birkmeyer aO. die Haftbarkeit unbedingt für ausgeschlossen erachten.

7) Der Vorsatz des Anstifters muß auf die Bestimmung des anderen zu der demnächst begangenen konkreten Tat gerichtet gewesen sein. Hieraus folgt, daß, wenn auch der Vorsatz auf die Bestimmung zu verschiedenen einzelnen konkreten Hdlgen gehen kann, doch die Bestimmung eines anderen, überhaupt straſb. Hdlgen bzw. solche einer gewissen Art — z. B. Diebstähle — zu verüben, nicht als Anstiftg. strafbar ist. Die Anstiftg. kann nur auf eine bestimmte Hdlg. sich beziehen; RG. III 29. Nov. 79 E. 1 110, II 1. Feb. 87 N. 9 107.

Es fordert aber das Gesetz nicht, daß der Anstiftende außer dem Willen des Täters zur konkreten Tat auch die einzelnen Umstände, Ort, Zeit und Art der Ausführung, bestimme; für diese ist der Anstifter verantwortlich, soweit sie nicht außerhalb seines erkennbar gemachten Willens liegen (N. 16); so zit. RG. N. 9 107. Deshalb ist auch Anstiftg. zu einem fortgesetzten Verbr. (§ 73 N. 16) nicht ausgeschlossen; RG. II 8. Jan. 95 E. 26 361. Selbst die Person, gegen welche die Straftat sich richten soll, kann dem Anstifter unwesentlich sein, so insbs. falls es ihm nur auf Erlangung einer Sache bestimmter Art ankommt o. ein dauernder Erwerb durch verbr. Tätigkeit eines anderen erstrebt wird; RG. II 14. Mai 01 E. 34 327 (btr. §§ 218, 47).

8) Dagegen bedingt der Vorsatz, „einen anderen" zu einer konkreten straſb. Hdlg. zu bestimmen, nicht, daß der Anstiftende an eine individuell unterscheidbare Person sich richte. Allerdings beruht, wenn A den B zu bestimmen sucht, eine von C begangene straſb. Hdlg. nicht auf der Anstiftg. des A (N. 15a); wenn aber A an einen nicht festbegrenzten Kreis von Personen sich richtet und jemand aus diesem zu der von A beabsichtigten straſb. Hdlg. sich bestimmen läßt, solche demnächst auch ausführt, so hat A „einen anderen" zu der von ihm begangenen straſb. Hdlg. bestimmt und liegt deshalb Anstiftg. vor. Aus § 111 (das. N. 6) läßt ein Gegenargument sich nicht hernehmen. So: Geyer HH. 4 151, H. Meyer S. 240, Rubo N. 2. AM.: RG. II 21. Dez. 80 E. 3 145 (gelegentlich), Berlin 17. Okt. 78 O. 19 468, v. Liszt S. 566, Schütze S. 239 N. 26, Frank N. III 2, Oppenh.-O. N. 22a, Rüd.-St. N. 8, Katzenstein ZStrW. 21 396, auch die Motive z. Entw. I § 42.

9) Was das „Mittel" anbetrifft, wodurch der Anstifter auf den anderen bestimmend einwirkt, so stellt das Gesetz eine Reihe von Mitteln nebeneinander, fügt aber — im Anschluß an PrStGB. § 34[1] — die Generalklausel „oder durch andere Mittel" hinzu, offenbar nur zu dem Zwecke, um im Gegensatz zum Code pénal art. 30 klar zu stellen, daß die einzelnen Mittel nur beispielsweise, nicht aber beschränkend aufgezählt werden. Zweifellos stellt § 48 alle Mittel einander gleich; jedes Mittel ist für den Tatbestand der Anstiftg. ausreichend; mag dieses oder jenes Mittel bestimmend wirken, Anstiftg. liegt bei dem einen wie bei dem anderen vor; es handelt sich deshalb insoweit um ein sog. alternatives Mischgesetz. Folgeweise braucht auch nicht zu erhellen, welches Mittel bestimmend gewirkt hat, wenn nur soviel feststeht, daß jedenfalls eins von mehreren Mitteln den Täter bestimmte; diese Sicherheit wird aber durch eine positive alternative Feststllg. gegeben; sie ist deshalb hinsichtlich der Mittel der Anstiftg., die i. S. des Gesetzes als bloße Mo-

Digitized by Google

dalitäten der Anstiftungshdlg. anzusehen sind, ausreichend (§ 47 N. 29); RG. III 2. März 81, 10. Jan. 87, N. 3 93, E. 15 304, Berlin Pl. 29. Okt. 77 St. 8 72.

10) Die beispielsweise Aufzählung der Mittel, durch die eine Anstiftg. bewirkt kann, ist, wie die Motive hervorheben, in Rücksicht darauf, daß sie auf Grund des Pr.-StGB. „in der Praxis sich im allg. gut bewährt hat", auch im RStGB. beibehalten. Da es aber in der Natur der Sache liegt, daß die Bestimmung des Angestifteten seitens des Anstifters durch irgendwelche Mittel bewirkt werden muß, so ist es nicht anders denkbar, als daß der Gesetzgeber durch die beispielsweise Aufzählung einiger Mittel unter Hinzufügung der Generalklausel „oder durch andere Mittel" einen besonderen Zweck verfolgt habe. Wie die Entstehungsgeschichte des entsprechenden § 34[1] PrStGB. ergibt, wurde die Erläuterung des Begriffs der Anstiftg. durch Einzelangabe der Mittel mit Rücksicht auf die Geschworenengerichte beschlossen (Goltd. Mat. 1 293[1]); der Gesetzgeber hat es hiernach für zweckmäßig erachtet, daß der Geschworene durch die ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes selbst dazu genötigt werde, über das oder die Mittel der Anstiftg. im konkreten Fall sich klar zu werden und auszusprechen; er hat deshalb in die Begriffsbestimmung der Anstiftg. die beispielsweise Aufführung der Mittel mit aufgenommen, was eine allgemeine, auch über das schwurgerichtl. Verfahren hinausgreifende, Wirkung äußern muß. Keinesfalls kann deshalb die Ansicht von Rubo N. 20, 21 für richtig gehalten werden, daß es der Feststllg. des Mittels der Anstiftg. überhaupt nicht bedürfe. Der gesetzgeberische Zweck würde aber auch auf Grund der Feststellung „durch irgendein Mittel" bzw. „durch Geschenke oder ein anderes Mittel" nicht erreicht werden, weil alsdann Klarheit über die in Betracht kommenden konkreten Mittel nicht herrschen würde; namentl. kann die letztere Feststellung nicht genügen, weil die Hinzufügung der Generalklausel nur auf einem äußeren redaktionellen Grunde beruht (N. 9). Dazu kommt, daß die PrPraxis auf Grund des PrStGB. § 34[1] stets angenommen hat, daß das Mittel, durch welches der Täter zur Tat bestimmt sei, speziell festgestellt werden müsse. Vgl. die bei Oppenh.-D. N. 48 zitierten älteren Entsch. Berlin, insbs. 4. Mai 59 G. 7 517. Es ist deshalb hieran auch für § 48 festzuhalten. So: Dresden 18. Apr. 73 St. 3 2, München 23. Juni 76 St. 6 252 (bei der Anstiftg. müsse die Anwendung eines bestimmten Mittels nachgewiesen werden), Oppenh.-D. N. 48, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze S. 135 N. 1. AM. Berlin Pl. 29. Okt. 77 St. 8 72, da auch die Alternative „oder durch andere Mittel" gleichwertig mit einer ein spezielles Anstiftungsmittel enthaltenden Alternative sei; noch weiter geht — unter Billigung von Ostern Alternativität S. 91 f. — RG. III 25. Juni 83, 10. Jan. 87, E. 9 22, 15 304, IV 21. Dez. 86 N. 8 780, indem es ausspricht, daß „die Fragestllg. mindestens eins der im Gesetze bezeichneten Mittel in die Frage aufnehmen und sodann durch Hinzufügung der gesetzlichen Generalklausel die Geschworenen darauf hinweisen müsse, daß sie daneben alle sonstigen Anstiftgsmittel mit in Betracht zu ziehen hätten"; nur eine derartige Fragestellg soll zu dem Ergebnisse führen, die auf StPO. § 263 beruhende Formvorschrift der StPO. § 293 mit der Fassung des § 48 und der Willensabsicht des Gesetzes in Einklang zu bringen. Diese Ansicht erscheint nach den beiden Richtungen, daß jedenfalls eins der im § 48 bezeichneten Mittel, sowie daß jedenfalls auch die Generalklausel in die Frage aufgenommen werden müsse, unrichtig; zu den nach StPO. §§ 266, 293 festzustellenden bzw. in die Hauptfrage aufzunehmenden „gesetzlichen Merkmalen" der Anstiftg. gehört allerdings „ein Mittel", durch welches der Täter bestimmt wurde; man kann aber, da das Gesetz ausdrücklich alle Mittel gelten läßt, unmöglich weder sagen, daß irgendeines der im § 48 hervorgehobenen Mittel zu den gesetzlichen Merkmalen gehöre, noch auch, daß „andere Mittel" dazu zu rechnen seien, wenn es um ein konkretes — im § 48 erwähntes oder nicht erwähntes — Mittel sich handelt.

11) Hinsichtlich der ausdrücklich angeführten Mittel ist hervorzuheben:

a) „Drohung" (nach Grimms Wörterbuch „Drohen [Dräuen], Androhen, Bedrohen" mit diesen beiden letzteren Worten — vgl. z. B. einerseits §§ 126, 339, andererseits §§ 106, 113, 240, 241, 254 — gleichbedeutend; so auch Sontag G. 19 295, während Göhrs ZStrW. 19 491 ff. nur Drohen u. Androhen für gleichbedeutend erachtet, nicht aber Bedrohen)

Digitized by Google

ist an sich, da jedes Mittel zur Anstiftg. als tauglich hingestellt wird, im weitesten S. als die Ankündigung der Zufügung irgendeines Übels zu nehmen (Binding Normen 2 527 N. 757); deshalb ist der Begriff der „Drohung" nicht ausgeschlossen, wenn das in Aussicht gestellte Übel bereits eingetreten war, falls nur der Bedrohte davon z. B. der Androhung keine Kenntnis hatte u. der Bedrohende dies annahm. Die Zufügung eines Übels braucht nicht notwendig als Herbeiführung eines solchen sich darzustellen, sondern kann unter Umständen in der Nichtbeseitigung eines schon vorhandenen Übels liegen; dann nämlich, wenn es um ein Übel sich handelt, dessen Fortbestand von der Tätigkeit des Drohenden selbst abhängt, da ein solches durch jeden dahin gehenden Tätigkeitsakt von neuem zugefügt wird. Die Ankündigung von der Unterlassung der Beseitigung eines solchen schon bestehenden Übels erscheint jedenfalls dann als „Drohung" i. S. des § 48, wenn die Unterlassung zugleich eine gewollte Pflichtverletzung enthält, während, wenn die dauernde Unterhaltung des Übels auf einem Rechte des Ankündigenden beruht, als Mittel weniger „Drohung" als vielmehr das Versprechen der Beseitigung (Schenkung) wirksam werden soll; vgl. RG. IV 25. Juni 86 E. 14 264 (btr. § 253 im Gegensatz zur Ansicht von Merkel HH. 3 727). Darüber, ob die Drohung den im § 52 bezeichneten Grad erreichen dürfe, vgl. das. N. 14_3.

b) „Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt" hat zur Voraussetzung, daß der Angestiftete zum Anstifter tatsächlich in einem Verhältnis der Unterordnung sich befindet, vermöge dessen der Wille des Anstifters dem „anderen" als maßgebende Autorität erscheint; Hälschner 1 401. „Mißbrauch" (vgl. §§ 176^3, 339) bezeichnet im allg. einen fehlerhaften, tadelnswerten Gebrauch. Wegen des Grades des Mißbrauchs vgl., wie bei a, § 52 N. 14_3; darnach ist die Anwendung körperlicher Gewalt nicht für unbedingt ausgeschlossen zu erachten (aM. Berner S. 164), sie darf aber nicht bis zur „unwiderstehlichen Gewalt" (vis absoluta) sich steigern, weil alsdann von einer Hdlg. des Vergewaltigten überhaupt nicht mehr die Rede ist (§ 52 N. 3). Übrigens greift § 357 ausschließlich Platz, wenn es um einen solchen Mißbrauch seitens des Amtsvorgesetzten gegenüber seinem Untergebenen bezüglich einer strafb. Hdlg. im Amte sich handelt.

c) „Absichtliche (d. h. — wie im § 43 [das. N. 25_2] — vorsätzliche; so Bünger ZStrW. 6 297 N. 18; aM. Villnow GS. 37 641 N. *) Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums" darf den „anderen" bei der Anstiftg. zu einer vorsätzlichen strafb. Hdlg. (s. jedoch N. 13) nicht in Irrtum über ein Tatbestandsmoment versetzen, weil er alsdann nur wie ein Instrument in der Hand des den Irrtum Erregenden erscheint (§ 47 N. 17), und letzterer selbst Täter ist; N. 3. Der Irrtum kommt sonach nur als ein solcher in betreff des Beweggrundes für die Tat in Betracht; Berlin 20. Nov. 73, 3. Nov. 77, O. 14 739, 18 690, Hälschner 1 402, v. Liszt S. 226.

12) Als „andere Mittel" sind in der Praxis mit Recht angenommen:

a. „Überredung"; RG. III 2. März 81 N. 3 93, 5. Apr. 94 E. 25 234, Mannheim 6. Apr. 72 St. 1 259;

b. „Aufforderung u. Aufmunterung, Bitten u. Zureden"; Dresden 24. Okt. 73 St. 2 269;

c. „Aufforderung"; Berlin 8. Sept. 74, 13. Juni 76, St. 4 103, O. 17 415;

d. „Anleitung geben"; Berlin 29. Jan. 79 O. 20 55;

e. „Ratserteilung", sofern sie auf die Fassung des Entschlusses zur Begehung der Tat sich bezieht; RG. III 2. März 81 N. 3 93, Berlin 8. Dez. 75 St. 6 34; vgl. § 49 N. 11.

Wegen „Befehls" vgl. einerseits § 52 N. 12 b, andererseits jedoch auch T. I Abschn. 4 N. 9 c.

13) Ein Bewußtsein auf seiten des Angestifteten davon, daß er zu der von ihm zu begehenden strafb. Hdlg. angestiftet worden sei, ist nicht erforderlich; denn es ist entscheidend, ob „der andere" durch den Anstifter mittels des von diesem angewendeten Mittels bestimmt wurde (vgl. übrigens § 47 N. 7_1 aE.); eben deshalb sind auch Mittel der Anstiftung denkbar, die, wie z. B. die Abmahnung, den Schein des Gegenteils erwecken. So: Finger 1 345, Geyer HH. 4 151, v. Liszt S. 226, Oppenh.-D. N. 38, Rüd.-St. N. 4, Birkmeyer Teiln. S. 141.

14) Der Dolus des Anstifters besteht lediglich in dem Willen, den anderen zur

Digitized by Google

Ausführung der btr. Straftat zu bestimmen (N. 6); so die GM., insbs. RG. II 14. Juni 81, I 17. Feb. 87, E. 4 252, 15 315, RMG. I 23. Apr. 03 E. 5 67; vgl. Kohler Studien 1 80, das Bewußtsein, es könne die Tätigkeit den anderen bestimmen, genüge nicht. Demgemäß reicht zwar der Wille zur Bestimmung des Entschlusses des anderen nicht aus, sondern der Dolus des Anstifters muß auf die Verübung der strafb. Hdlg. seitens des Angestifteten ihrem ganzen Umfange nach hinsichtl. der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale sich erstrecken, deshalb namentl. auch hinsichtlich der zum Tatbestande erforderlichen Absicht (RG. III 9. Juli 81 E. 4 368 btr. Anstiftg. zu einer Steuerdefr. im Gegens. zu einer Steuerkontr., IV 25. Okt. 89 E. 20 12 btr. Anstiftg. z. Kuppelei aus Eigennutz); weiter aber hat der Dolus des Anstifters mit dem des angestifteten Täters nichts zu tun; so braucht z. B. bei einer Anstiftg. zum Diebst. die Absicht des Anstifters nicht auf schließliche rechtswidrige Zueignung des Diebstobjektes seinerseits gerichtet zu sein, ebensowenig bei Anstiftg. zur schweren Urkfälschg. (§ 268) der Anstifter selbst die gewinn- o. schadensüchtige Absicht zu haben.

Das Bewußtsein davon, daß die Hdlg., zu welcher der Anstifter den anderen bestimmt, eine strafbare sei, braucht dem Anstifter nicht beizuwohnen, da das Bewußtsein hiervon nicht einmal zum Dolus des Täters gehört; Rubo N. 4, Binding Normen 2 469 N. 680.

Auf das Motiv des Anstifters, den von ihm verfolgten Endzweck („Absicht" i. e. S.), kommt es für den Tatbestand der Anstiftg. auch da, wo das Gesetz dieses ausnahmsweise (§§ 180, 313$_2$) berücksichtigt, nicht an; nur für die Strafzumessung kann es erheblich sein; so zitt. RG. E. 4 252, 20 12. Deshalb ist auch ein sog. agent provocateur (vgl. Heilborn, Der a. pr. 1901), der freilich wegen Irrtums über die Befugnis seines Handelns häufig straflos sein wird (Lucas Subj. Verschuldg. S. 103 N. 3), Anstifter (Oppenh.-D. N. 21), und zwar nicht nur, wenn er die Vollendung der demnächst begangenen Straftat wollte (so: v. Liszt S. 231, Borchert Teiln. S. 57; nur bedingungsweise: Geyer HH. 2 349, 4 161, H. Meyer S. 225, Kohler aO. S. 123, nach denen der Anstifterdolus bei einer nur auf Herbeiführung der formellen Vollendung des Delikts gerichteten Absicht fehlt, dagegen vorliegt, falls die materielle Vollendung ihr entsprach), sondern auch, wenn er lediglich einen Versuch der Tat wollte u. dieser sich vollzog (so: zit. RG. E. 15 315, Binding Grundr. S. 136, Finger 1 351, v. Liszt aO., Frank N. III 4, Kohler aO. S. 122).

15) Wenn die begangene strafb. Hdlg. mit der strafb. Hdlg. sich nicht deckt, zu welcher jemand einen anderen bestimmen wollte, so liegt Anstiftg. überhaupt nicht vor, weil es infolge jenes Zwiespalts am Anstifter-Dolus fehlt. Es trifft dieses in folgenden Fällen zu:

a. wenn nicht derjenige die strafb. Hdlg. beging, der bestimmt werden sollte, sondern ein Dritter, der vielleicht zufällig zugegen war, als die Einwirkung auf „den anderen" stattfand; verschieden hiervon ist der N. 8 berührte Fall der Einwirkung auf eine unbestimmte Anzahl von Personen;

b. wenn derjenige, auf den die Einwirkung stattfand, nicht die strafb. Hdlg. beging, zu welcher er bestimmt werden sollte, sondern ein andere, davon verschiedene strafb. Hdlg.

α) Es handelt sich hier zunächst um Fälle, wo ein Delikt anderer Art begangen wird, also z. B. eine Urkfälschg. statt eines Betruges. Hier ist es Tatfrage, ob der Dolus des auf den anderen Einwirkenden wenigstens eventuell auch auf Begehung des anderartigen Deliktes gerichtet war oder nicht; im ersteren Fall liegt Anstiftg. vor, im anderen nicht; Frank N. IV 3, v. Schwarze S. 133.

β) Es kommen ferner Fälle in Betracht, wo die Hdlg. infolge eines error in objecto eine andere wird, als seitens des auf den Täter Einwirkenden beabsichtigt wurde; so, wenn A den B bestimmte, den C zu ermorden, der B aber, infolge einer Verwechselung des D mit C, den D ermordete. So: Finger 1 348, v. Liszt S. 230 N. 3, Löning S. 96, Rubo N. 19, v. Schwarze S. 134, Schütze Notw. Teil. S. 267, Borchert Teiln. S. 64 N. 30, Böhlau Kriminalprozeß Rose u. Rosahl (Weimar 1859). AM.: Berlin 5. Mai 59 G. 7 332 (btr. diesen Straffall), Berner S. 165, Geyer HH. 2 453, Hälschner 1 418 u. G. 7 433 ff.,

Digitized by Google

v. Holtzendorff HH. 3 414, H. Meyer S. 246, v. Wächter S. 171 N. 16, Frank N. IV 4, Oppenh.-D. N. 44, Rüd.-St. N. 9, Kohler Studien 1 142, Birkmeyer Teiln. S. 165; auch Löwenheim Vorsatz d. Anstifters S. 47, der S. 56 gegen den Kommentar den Vorwurf der Inkonsequenz erhebt.

16) An die N. 15b bezeichneten Fälle reihen sich die Fälle eines sog. Exzesses, bei welchen der Täter vorsätzlich über die Grenzen hinausgeht, die der Anstifter in der Ausführung der Straftat innegehalten wissen wollte; Geyer HH. 2 359, Hälschner 1 415. Hier hat der Anstifter die Verantwortlichkeit für seine anstiftende Tätigkeit nur soweit zu tragen, als die Ausführung der Tat mit seinem Willen sich deckt. So ist er z. B. nur wegen Anstiftg. zur einfachen Körperverletzg. (§ 223) zu bestrafen, wenn der Täter gegen den Willen des Anstifters, absichtlich eine der im § 224 bezeichneten schweren Folgen verursachte (§ 225), ohne daß der Anstifter für diesen schweren Erfolg wegen culpa (Geyer HH. 2 359 N. 5, v. Schwarze S. 133 N. 5) oder sonst verantwortlich ist; vgl. jedoch N. 17b.

Ebensowenig kann Bestrafung wegen Anstiftg. zu einem mittels falschen Schlüssels verübten Diebst. eintreten, wenn der Anstifter nicht wußte, daß der zur Verübung des Diebst. anzuwendende Schlüssel ein falscher sei; RG. II 23. Sept. 81 E. 5 17.

17) Fälle eines Exzesses (N. 16) liegen dagegen nicht vor, wenn der Angestiftete dem Willen des Anstifters entsprechend tätig sein will, dagegen die Tat selbst dieser Absicht nicht völlig entspricht; Hälschner 1 415, Kohler Studien 1 140. Fälle dieser Art sind:

a. wenn das V. o. V. nur in den Grenzen des Versuchs geblieben ist; da der Versuch (§ 43) „einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten V. o. V. enthält," so hat der Anstifter mit dem V. o. V. selbst notwendig auch den Versuch gewollt; demgemäß ist er strafbar wegen Anstiftg. zu dem im Stadium des Versuchs gebliebenen V. o. V.; so die GM., insbs. RG. III 15. März 86 E. 14 19 (vgl. übrigens N. 21);

b. wenn durch die Ausführung der btr. strafb. Hdlg., zu welcher der Anstifter den anderen bestimmte, gleichzeitig ein von diesem nicht gewollter Erfolg verursacht wird. Falls dieser Erfolg dem Täter ohne Rücksicht auf Fahrlässigkeit (T. I Abschn. 4 N. 3) zugerechnet wird, haftet für ihn regelmäßig auch der Anstifter, es sei denn, daß dieser Erfolg durch einen Exzeß des Täters herbeigeführt wurde (§ 47 N. 15); so: Berner S. 534, H. Meyer S. 226, Oppenh.-D. N. 44, Rubo § 224 N. 14, Rüd.-St. § 224 N. 13, v. Schwarze S. 624, Kohler aO. Anders, falls der Erfolg, sei es als straferhöh. Umst., sei es als selbständige strafb. Hdlg., dem Täter nur zugerechnet wird, wenn er durch Fahrlässigkeit verursacht wurde, alsdann wird der Anstifter ev. gleichfalls als fahrlässiger Täter verantwortlich sein, sofern Fahrlässigkeit seinerseits mitverursachend wirkte (N. 6_3); Geyer HH. 2 358, Hälschner 1 416, v. Schwarze S. 133; weiter geht auch hier Kohler aO.

Anstiftung bei einzelnen Delikts-Arten und Formen. N. 18—23.

18) Anstiftg. soll, nach der GM., nur zu vorsätzlichen, nicht zu fahrlässigen Delikten denkbar sein. Es erscheint dieses jedoch angesichts des § 48 nicht richtig und auch aus inneren Gründen deshalb nicht, weil der Angestiftete der Anstiftg. sich nicht bewußt zu sein braucht (N. 13). Allerdings wird häufig mit der Anstiftg. zu einer fahrlässigen Straftat die Begehung einer vorsätzlichen strafb. Hdlg., bei welcher der Angestiftete seitens des Anstifters als Instrument gebraucht wurde (N. 3) ideell konkurrieren; alsdann greift der Grundsatz des § 73 Platz. Allein darin kann kein Grund liegen, die Möglichkeit der Anstiftg. zu einem fahrl. Delikt zu leugnen; überdies steht der Annahme einer Täterschaft des den anderen zur Tat Bestimmenden häufig auch der Umstand entgegen, daß diesem die zur Täterschaft erforderlichen persönlichen Eigenschaften (z. B. eines Beamten) fehlen. So: Binding Grundr. S. 137, v. Wächter S. 255 N. 2, Rubo N. 13, Borchert Teiln. S. 60, Birkmeyer Teiln. S. 141, v. Calker Befehl S. 17, Beling ZStrW. 18 273; vgl. auch Hälschner 1 446, der anerkennt, daß der Wortlaut des § 48 nicht entgegenstehe. Anders die GM., insbs. RG. I 20. Juni 92 E. 23 175, woraus RG. III 15. Jan. 94 E. 25 38 zu weitgehend folgert, daß bei Delikten, wie z. B. Stempelsteuerdefrauden, die tatbestandlich weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erforderten, Anstiftung auch dann nicht möglich sei, wenn der Täter im konkreten Falle mit Vorsatz gehandelt habe, während RG. II 19. März 92, 2. Nov. 97,

Digitized by Google

E. 22 427 (429), 30 292 (296), IV 4. Jan. 98 G. 46 110, bei solchen Tatbeständen die Anstiftg. zur Tat dann für strafbar erachten, wenn das Delikt im konkreten Falle vorsätzlich begangen wurde (§ 49 N. 18); ebenso Katzenstein ZStrW. 21 383.

19) Anstiftg. kann zu Kommissivdelikten, insbs. durch Unterlassung begangenen, wie zu Omissivdelikten (§ 1 N. 3a u. b) erfolgen; so Sturm Unterlassungsdel. S. 354, 136.

20) Anstiftg. zu einem sog. delictum proprium (§ 47 N. 20) ist seitens jedes beliebigen Dritten möglich; so die GM., insbs. RG. I 30. März, 22. Juni 82, III 19. Okt. 85, E. 6 126, 414, 13 52, sowie die T. I Abschn. 3 N. 10 zitt. E. 15 396, 25 234, 27 158 btr. Teilnahme an milit. V. u. V.; aM.: v. Schwarze S. 141, Kohler Studien 1 135, sowie neuerdings Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 148 (die Anstiftg. seitens eines Extraneus charakterisiere sich als intellektuelle Beih.). Wegen der Bestrafung vgl. N. 32b.

Andererseits schließt der Umstand, daß der, welcher einen anderen zu einer Hdlg. bestimmt, durch eigene Vornahme der Hdlg. sich nicht strafbar machen würde, die Möglichkeit einer Anstiftg. zu einer strafb. Hdlg. des anderen nicht aus; so RG. I 14. Nov. 87 N. 9 602, das Anstiftg. z. Urkfischg. (§ 267) annahm, obgleich der Anstifter (wg. Urkfischg.) nicht strafbar gewesen sein würde, wenn er die Urkunde hergestellt hätte.

21) Die Möglichkeit der Anstiftg. zu dem Versuche einer strafb. Hdlg. in dem Sinne, daß die Absicht des Anstifters nur auf Begehung eines Versuchs seitens des Angestifteten gerichtet war (N. 17a), ergibt sich daraus, daß der Anstifter nicht den Dolus des Täters zu besitzen braucht (N. 14); so Frank N. III 4; die GM. ist entgegengesetzt, insbs. RG. I 17. Feb. 87 E. 15 315, das Gegenteil folge hier zwar nicht, wie bei § 49 schon aus dem Wortlaut des Gesetzestextes, es seien aber die Ergebnisse der oben vertretenen Ansicht mit den Grundprinzipien des Strafrechts nicht vereinbar; das Gesetz strafe beim Versuch lediglich den durch Versuchshandlungen betätigten Willen, es sei aber prinzipios, beim Anstifter auch von diesem Willen abzusehen, also zu strafen, wo Tat und Wille fehle; der Grundsatz, daß der Dolus des Täters und Anstifters sich nicht zu decken brauchten, werde hierdurch nicht in Frage gestellt. Allein dem ist entgegenzuhalten, daß in Fällen dieser Art, z. B. wenn ein agent provocateur (N. 14_3) einen anderen einer Bestrafung zuführen will, aber nicht der vollen auf die vollendete, sondern der milderen, auf die versuchte Tat angedrohten, der Anstiftende keineswegs bloß den Entschluß des anderen zur verbrecherischen Tat bestimmen, sondern vielmehr eine strafb. Hdlg. selbst — wenn auch nur in der Verbrechensform des Versuches — will. Man wird jedoch nur dann einen solchen Vorsatz bei dem Anstifter annehmen können, wenn er es selbst in der Hand hatte, die strafb. Hdlg. des anderen nicht über die Grenzen des Versuchs hinaus kommen zu lassen; andernfalls liegt bezüglich der vollendeten Tat mindestens Eventualdolus vor.

22) Anstiftg. zur Mittäterschaft (§ 47), d. h. Anstiftg. mehrerer Personen als Mittäter einer strafb. Hdlg., ist denkbar. Sie ist, auch wenn sie durch verschiedene Akte geschah, dennoch nur eine Handlung i. S. des § 73; das. N. 18b.

23) Ob Anstiftg. zur Anstiftung bzw. zur Beihilfe (§ 49) als solche strafbar sei, ist bestritten. Man wendet dagegen einmal ein, daß das StGB. in der praktischen Tendenz einer bestimmten Begrenzung des Teilnahmebegriffs nur von der Anstiftg. zur Haupttat selbst spreche, daß das Gesetz auch bis zum § 48 keine andere Begehungsform des Verbr. kenne als die unmittelbare Ausführung des eigenen verbrecherischen Entschlusses; allein das StGB. stellt seine Definitionen derartig (objektiv) auf, daß sie zutreffendenfalls überall und namentl. im Zusammenhange mit anderen gesetzlichen Bestimmungen Anwendung finden müssen, ohne Rücksicht darauf, ob sie im System des StGB. früher oder später Platz gefunden haben. An sich ist nun Anstiftg. zu einer jener Formen der Teilnahme begrifflich recht wohl denkbar; auch stellen sie, von der Beih. zur Übertr. der Regel nach abgesehen (§ 49 N. 3_2), selbst wieder strafb. Hdlgen dar. Der Umstand ferner, daß Anstiftg. zur Anstiftg. sowie Anstiftg. zur Beih. meist mittelbare Anstiftg. bzw. Beih. zur Haupttat selbst sein werden, entzieht zwar dem prinzipiellen Streit fast durchweg das praktische Interesse, steht aber an sich der Ansicht, welche Anstiftg. zu jenen Formen der Teilnahme — unter der selbstverständlichen Voraussetzung der Begehung der Haupttat (N. 2) — für strafbar

Digitized by Google

erachtet, nicht entgegen. So: Lucas S. 108, Schütze S. 151 N. 4, Frank I 5a, Oppenh.-D. N. 6, Rubo N. 7, Rüd.-St. N. 13, v. Schwarze S. 140, Vogt G. 28 236, Borchert Teiln. S. 59, Kohler Studien 1 139 sowie, bezüglich der Beihilfe, v. Wächter S. 596 N. 3, während Berner S. 163, Geyer 1 137, HRl. „Anstiftg." u. HH. 2 377, 388 sowie Hälschner 1 393, 397 N. 4 zwar gleichfalls Anstiftg. zur Beih. prinzipiell anerkennen, dagegen Anstiftg. zur Anstiftg. lediglich als mittelbare Anstiftg. auffassen. AM.: Finger 1 349 (es sei unzulässige Analogie, die Grundsätze über Teiln. auf Teiln. an der Teiln. anzuwenden), ferner H. Meyer S. 232 u. Herzog StRZ. II 264, die annehmen, daß das StGB. überhaupt nur Anstiftg. des Täters i. e. S. habe strafen wollen; endlich Binding Grundr. S. 139 u. v. Liszt S. 232, die „mittelbare Teilnahme" an der Haupttat als vorliegend erachten.

Anstiftg. zur Beihilfe in bezug auf eine vom Anstifter selbst begangene Straftat würde, abgesehen von der Subsidiarität der gg. Anstiftg. u. Beih. gerichteten Strafandrohungen gegenüber den gg. die Haupttat selbst gerichteten (§ 73 N. 13 b[2]), als Anstiftg. i. S. des § 48 schon deshalb nicht anzusehen sein, weil sie mittelbar eine Teiln. an der Haupttat selbst enthalten würde, während § 48 eine von einem anderen begangene Straftat erfordert; RG. IV 31. Mai 95 E. 27 273.

Versuch; Beihilfe; Konkurrenz. N. 24—26.

24) Die Frage, ob es einen Versuch der Anstiftg. gebe, ist prinzipiell zu bejahen, weil der gesamte Tatbestand der strafb. Anstiftg. auf dem Vorsatze des Anstiftenden beruhen muß (§ 43 N. 5); so auch: Hälschner 1 403, H. Meyer S. 231, v. Wächter S. 255 N. 3. Dennoch ist mit diesen anzunehmen, daß positivrechtlich der Versuch der Anstiftg. nicht strafbar sei. Dies ist zwar nicht sowohl aus dem Wortlaut des § 43 zu folgern, als vielmehr aus der Entstehungsgeschichte des StGB., dessen Geiste und dem Zusammenhange seiner Bestimmungen zu entnehmen. Zunächst ist in der Pr. Praxis, die auf Grund des PrStGB. § 34[1] sich gebildet hatte, niemals ein strafb. Versuch der Anstiftg. angenommen worden (vgl. Oppenh. PrStGB. § 34 N. 10), wie auch die Entstehungsgeschichte des § 34[1] klar ergibt, daß der preußische Gesetzgeber den Versuch der Anstiftg. nicht im allgemeinen, sondern nur in den besonders hervorgehobenen Fällen strafen wollte; vgl. Goltd. Mat. 1 309 ff. Auf demselben Standpunkt steht das RStGB.; eine allgemeine Strafbarkeit des Versuchs der Anstiftg. ist im Laufe seiner Entstehungsgeschichte von keiner Seite behauptet, während es andererseits in einem Einzelfalle gleichfalls die erfolglos gebliebene Anstiftg. mit Strafe bedroht, im § 159 (Verleitung zum Meineide), zu dem die Motive bemerken, der Entwurf habe die besondere Bestimmung des PrStGB. § 130 beibehalten, da der dagegen erhobene Einwand: „es sei nicht zu rechtfertigen, daß auch die erfolglos gebliebene Anstiftg. zum Meineide strafbar sein solle, während die erfolglos gebliebene Anstiftg. zur Begehung irgendeines anderen Verbr. straflos sei", nicht als begründet anerkannt werden könne; vgl. auch § 357 N. 3b. Eine Bestätigung dieser Auffassung von der Strafl osigkeit der versuchten Anstiftg. im allg. ist auch in der Entstehungsgeschichte des § 49a zu finden, indem nach dem Antrage der RKommission in § 48a das Unternehmen der Anstiftg. zur Begehung eines Verbr. mit Strafe bedroht werden sollte (§ 49a N. 2). So die GR., insbs. München 15. Mai 74 St. 4 26.

Unter diesen Umständen ist auch die von Ortmann, G. 22 368 ff., verteidigte Ansicht, daß der Versuch der Anstiftg. eines ohnehin schon zur Tat Entschlossenen (alias facturus) und die Tat demnächst Ausführenden strafbar sei, zu verwerfen, obgleich zugegeben werden muß, daß hier neben die Tätigkeit des die Anstiftg. Versuchenden tatsächlich auch die Verübung derjenigen strafb. Hdlg. tritt, zu der jener zu bestimmen versuchte; allein dieses Zusammentreffen ist ein lediglich äußeres und im Gesetze ist in keiner Weise ausgesprochen, daß hier ein strafbarer Versuch anzunehmen, während vielmehr positiv die Strafbarkeit des Versuchs der Anstiftg. abgelehnt ist; so: Finger 1 350, Oppenh.-D. N. 24, auch Geyer 1 138 u. HH. 2 345, der ev. psychische Beihilfe als vorliegend annimmt; hiergegen aber Hälschner 1 398.

25) Wg. Mittäterschaft bei der Anstiftg. und Anstiftg. zur Anstiftg. s. o. N. 5 u. 13, wg. Beihilfe zur Anstiftg. § 49 N. 22 b α.

Digitized by Google

26) Zu vergleichen ist wegen Zusammentreffens von Anstiftg. mit: Täterschaft bzw. Mittäterschaft § 73 N. 13b[3], Beihilfe § 73 N. 18b, Begünstigg. § 257 N. 27, Partirerei § 259 N. 27.

Wg. Anstiftg., sei es einer oder mehrerer Personen zu mehreren selbständigen strafb. Hdlgen durch einen Akt vgl. § 73 N. 19 IIa, sowie wg. Anstiftg. mehrerer, wenn auch durch verschiedene Akte, zu einer einheitlichen Straftat § 73 N. 18b.

Zu § 48 Absatz 2. N. 27—33.

27) Wenn die Strafe des Anstifters nach dem Gesetze festzusetzen ist, das auf die Hdlg. Anwendung findet, zu welcher er „wissentlich" angestiftet hat, so ist dieser Ausdruck anscheinend mit Rücksicht auf den Inhalt des § 59 gewählt; Ortloff GS. 34 448. Keineswegs aber ist damit ein neues, der besonderen Feststellung bedürfendes Erfordernis der Anstiftg. aufgestellt, sondern es wird sachlich dadurch nur auf die Vorsätzlichkeit (vgl. auch § 49 N. 13) des im Abs. 1 aufgestellten Tatbestandes der strafb. Anstiftg. (N. 6) hingedeutet; Binding Normen 2 463 N. 672. Die Strafe des Anstifters ist somit nur nach dem Gesetze abzumessen, welches auf die begangene strafb. Hdlg., soweit sie auf der Anstiftg. beruht, Anwendung findet; dagegen ist das Strafgesetz, unter welches die Straftat fällt, insoweit ein über die Absicht des Anstifters hinausgehender Exzeß vorliegt, für die Bestrafung des Anstifters gleichgültig; Oppenh.-D. N. 20.

28) Die Strafe des Anstifters ist, unter Beobachtung der Grundsätze der §§ 3—7, „nach demjenigen Gesetze festzusetzen", welches auf die Hdlg. Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat, nicht zu welcher er wissentlich anstiften wollte. Die Folge davon zeigt sich namentl. in dem Falle, wenn der Angestiftete bei der Ausführung in den Grenzen des Versuchs geblieben ist (N. 17a). Hier ist die Strafe des Anstifters auch nur nach dem Gesetze zu bemessen, das auf den vom Angestifteten begangenen Versuch einer strafb. Hdlg. Anwendung findet.

29) Die Strafe des Anstifters ist nach dem Gesetze festzusetzen, welches auf die „Handlung" Anwendung findet, zu der er angestiftet hat. Es kommt daher immer darauf an, ob die begangene Hdlg. als solche, nicht ob ihr Täter (der Angestiftete) in dem T. I Abschn. 3 N. 6 dargelegten S. strafbar ist.

Die die Voraussetzung für die Bestrafung des Anstifters bildende Strafbarkeit der Haupthdlg. kann durch einen objektiv wirkenden Strafaufhebungsgrund i. S. der StPO. § 295$_2$ wieder beseitigt worden sein; damit ist alsdann auch die Strafbarkeit des Anstifters aufgehoben, so namentl. falls bezüglich des Täters § 46 Platz greift (das. N. 2).

30) Da die Strafe des Anstifters nach dem Gesetze festzusetzen ist, das auf die Hdlg., zu der er angestiftet hat, Anwendung findet, so kann sie von der gegen den Täter im konkreten Falle festgesetzten Strafe abweichen, d. h. sowohl darunter bleiben, als auch sie übersteigen. Insbs. können mild. Umst. bei dem einen angenommen, bei dem anderen versagt werden; es ist das lediglich Sache der Strafzumessung (T. I Abschn. 4 N. 13 ff.), und das auf die Hdlg. Anwendung findende Gesetz umfaßt sowohl den ordentlichen als auch den außerordentlichen Strafrahmen. Dies verkennt Berlin 1. Feb. 78 St. 8 74, welches unzutreffend § 50 (das. N. 2 β) zur Anwendung bringt.

Bei dieser Sachlage erscheint es aber als eine Gesetzesverletzung (StPO. § 376), wenn der Anstifter nicht als solcher, sondern als Täter bestraft wird; wer Anstifter ist, hat ein Recht darauf, nur als solcher und nicht als Täter verurteilt zu werden, anderenfalls wird die Rechtsnorm des § 48 nicht und diejenige des btr. Strafgesetzes ohne § 48 zu Unrecht angewendet; RG. I 24. Okt. 81 N. 3 632. Unzulässig ist deshalb auch eine alternative Täterschaft und Anstiftung betreffende Feststellung, weil es hier um Tätigkeiten sich handelt, die nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite wesentlich verschiedenartig sind; RG. FS. 26. Aug. 85 E. 12 347.

31) Da der Anstifter nach dem Gesetze zu bestrafen ist, das auf die Hdlg. des Angestifteten Anwendung findet, so sind gegen ihn auch die bezüglichen Nebenstrafen anwendbar, z. B. beim wissentlichen Meineide insbs. die des § 161$_1$. Aus demselben Grunde

Digitized by Google

gegen einen Nichtbeamten, welcher einen Beamten zu einem reinen Amtsdelikte anstiftet, selbst die aus § 358.

32) Ausnahmen von der Regel über die Bestrafung des Anstifters kommen vor:

a) Als positive Ausnahmen kommen, außer § 50 (das. N. 2), in Betracht: einerseits alle die Vorschriften, auf Grund deren die Anstiftg. zu einer strafb. Hdlg. zu einem delictum sui generis erhoben ist (vgl. z. B. §§ 141, 357), andererseits aber die, nach welchen die Anstiftg. ausnahmsweise straflos gelassen wird (T. I Abschn. 3 N. 9).

b) In der Natur der Sache begründet sind die Ausnahmen, welche daraus sich ergeben, daß eine gegen den Täter (Angestifteten) angedrohte Strafe ihrer Natur nach auf den Anstifter keine Anwendung finden kann, wie z. B. wenn ein Amtsdelikt mit der Nebenstr. des Verlustes des bekleideten Amtes bedroht ist. Ganz besonders greifen solche Ausnahmen Platz, wenn eine Zivilperson als Anstifter zu einem militärischen V. o. V. zu bestrafen ist (T. I Abschn. 3 N. 10), München OberstesLG. 1. Juli 02 E. 3 2. Unter den Hauptstrafen bietet hier die milit. Strafe des Arrestes Schwierigkeiten; wenn ein milit. V. mit „Freiheitsstrafe", d. h. nach MStGB. § 16 mit Gefängnis, Festungsh. oder Arrest, bedroht ist, so wird gegen die Zivilperson, die zu einem solchen V. angestiftet hat, auf Grund des § 17 das. und nach Analogie des § 52 das., wonach bei Berechnung der Verjährungsfrist der Arrest der Haft gleich zu achten ist, auf Haft (§ 18) zu erkennen sein, sobald die Strafe sechs Wochen nicht übersteigt, sonst aber elektiv auf Gefängnis o. Festungsh. (§§ 16, 17); so: RG. II 1., I 4. Apr. 87, 8. Apr. 95, E. 15 396, 382, 27 157 (vgl. auch E. 16 436), zit. München OberstesLG. E. 3 2, Oppenh.-D. N. 4, Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 118; aM. Hecker Militärstrafr. S. 58, G. 30 138 u. Abhdlgen S. 76, der die Arreststr. durch Gefängnis o. Festungsh. ersetzen will, ferner F. Koppmann Teiln. an milit. Del. S. 56, sowie namentl. RMG. I 21. Juli 02 E. 3 154 (btr. § 54 M.- u. § 74 RStGB.), die milit. Arreststr. ständen den bürgerl. Freiheitsstr. gleicher Dauer gesetzl. gleich. Die eigentümlichen milit. Nebenstrafen haben als gegenstandslos außer Anwendung zu bleiben, soweit nicht etwa ihre von Rechts wegen eintretenden Folgen auch gegenüber einer Zivilperson eintreten können (Oppenh.-D. aO.); alsdann würde auf diese ausdrücklich zu erkennen sein; Hecker aO.

33) Hat jemand einen anderen zu einer strafb. Hdlg. bestimmt, so kann von einem Rücktritt des Anstifters dann nicht mehr die Rede sein, wenn die Tat bereits begangen oder auch nur versucht worden ist. Wegen der in letzterem Falle trotzdem möglichen Straflosigkeit des Anstifters infolge Rücktritts vom Versuche o. Erfolgsabwendung seitens des Täters s. N. 29$_4$.

Aber auch falls der Anstifter zurücktritt, bevor der Angestiftete durch seine Tätigkeit den Tatbestand einer vollendeten oder versuchten strafb. Hdlg. erfüllte, macht der zur Kenntnis des Angestifteten gebrachte Widerruf seitens des Anstifters diesen nicht straflos, wenn die strafb. Hdlg. trotzdem ausgeführt oder versucht wird; es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob durch den Widerruf der bestimmende Einfluß, den der Anstifter vorher ausgeübt hatte, als aufgehoben anzusehen ist oder nicht, was reine Tatfrage ist. So: RG. III 20. Feb. 90 E. 20 259, IV 8. Okt. 89 G. 37 397, Berner S. 166, Geyer HH. 2 372, Hälschner 1 412, v. Liszt S. 232, H. Meyer S. 227, Frank N. VI 2, Oppenh.-D. N. 51, Rubo N. 9, v. Schwarze S. 141 f. AM. Binding Normen 2 205, weil der Widerrufende „die zum Erfolg hinwirkenden Bedingungen, die er schuldhaft gesetzt, auch wieder vernichtet habe"; das ist jedoch Tatfrage. Zu Unrecht erachtet Berner schlechthin „die rechtzeitige Anzeige" für genügend zur Herbeiführung der Straflosigkeit; es kommt vielmehr darauf an, ob die Anzeige die oben angedeutete Wirkung hatte; so namentl. Hälschner u. v. Schwarze aO.

Prozessuales. N. 34—37.

34) Wegen Verjährung der die Anstiftg. zu einer strafb. Hdlg. betreffenden Strafverfolgung vgl. § 67 N. 16c.

35) Nach StPO. § 3 begründet die Beschuldigung mehrerer Personen „als Täter, Teilnehmer" 2c. — also auch als „Anstifter" bei einer strafb. Hdlg. einen Zusammenhang im prozessualen S.

Digitized by Google

36) Wenn die Haupttat und die Anstiftg. dazu nacheinander in verschiedenen Verfahren zur Aburteilung gelangen, so bedarf es in dem neuen Verfahren außer der Feststellung der Begriffsmerkmale der Anstiftg. wiederum der selbständigen Feststellung des Tatbestandes des von dem Angestifteten begangenen Verbr.; RG. III 9. Juli 81 E. 4 367. Vgl. auch die o. N. 2 zitt. RG. E. 15 178, R. 9 137.

Wegen Feststellung der Mittel zur Anstiftg. s. o. N. 9, 10.

37) Die sachliche Zuständigkeit zur Aburteilung der Anstiftg. richtet sich nach derjenigen zur Aburteilung der Haupttat.

§. 49.

Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rath oder That wissentlich Hülfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hülfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen.

PrStGB. §§ 34², 35. Entw. I §§ 40², 41, 342 Abs. 2, II § 47.

Aburteilung, sukzessive 35.
Anstiftung zur Beihilfe 24.
Beihilfe, wesentl., unwesentl. 8,
durch Rat o. Tat 10 ff.,
vorsätzl. u. fahrl. 13,
zur Anstiftg., Beih., Mittäterschaft 22,
zum delictum proprium 20,
zu fahrlässiger Hdlg. 18,
zu Kommissiv- u. Omissivdel. 19,
zum straflosen Tun 1,
zum Versuch 21.
Begehung, Begriff 5,
zur u. nach . . 4,
bei u. vor . . 6.
Begünstigung 4.
Dolus 16.
Einzelakte d. strafb. H. 4.
Erfolg, Ausstehen des . . 5.
Exzeß 15 b.
Feststellung, alternative 10.
Hdlg., strafb. 2.
Hilfeleistung 7, 9.
Konkurrenz 24.
Mittel d. Beih. 10 ff.
Mittätersch. b. d. Beih. 24.
Rat o. Tat 10,
Rat, insbs. 11.
Reduktion des Strafrahmens 27,
mehrfache 28.
Rücktritt 30.
Strafe 26 ff., Ausnahmen 29.
Tat 12.
Täter, Bewußtsein v. d. Beih. 17.
Verbr. o. Verg. 3.
Verjährung 31.
Versuch der Beih. 23.
Wissentlich 15—15.
Zusammenhang, prozessual. 32.
Zuständigkeit 34.

Zu § 49 Absatz 1. N. 1—24. — Erfordernisse im allg. N. 1—17.

1) § 49 handelt von der als Beihilfe sich darstellenden Form der Teilnahme (T. I Abschn. 3 N. 7—9).

„Der Tatbestand der Beihilfe ist — wie die Motive hervorheben — auf das wesentliche und charakteristische Moment derselben, die Unterstützung der fremden Tat zurückgeführt". Die Folge davon ist, daß, ebensowenig wie von einer Anstiftg. (§ 48 N. 1), von einer Beihilfe die Rede sein kann, wenn die btr. Haupttat nicht begangen oder wenigstens versucht ist. Wegen Versuches der Beihilfe s. u. N. 23.

Nur ausnahmsweise ist im StGB. Beihilfe zu einem, auch objektiv, straflosen Tun als selbständiges Delikt mit Strafe bedroht; so in den §§ 120, 121, 141, 180, 285, 347_1, 355.

2) Die Beihilfe erfordert sonach (N. 1), daß der „Täter", d. h. der, dem Beihilfe geleistet wird, eine strafbare Handlung begehe und zwar in dem T. I Abschn. 3 N. 6 erläuterten Sinne; das zu § 48 N. 2 btr. der Haupttat als materieller Voraussetzung Bemerkte gilt hier entsprechend; so auch das dort zit. RG. R. 9 137, ferner III 28. Jan. 89 E. 18 419 (btr. § 302a), letzteres in ausdrücklicher Abweichung von III 2. Juli 80 R. 2 151 (btr. § 286). Im einzelnen vgl. die T. I Abschn. 3 N. 6 zitt. Stellen.

3) Nur zur Begehung eines „Verbrechens o. Vergehens" (§ $1_{1,2}$) wird strafbare Beihilfe geleistet, während die zu jeder strafb. Hdlg. geleistete Anstiftg. strafbar ist (§ 48 N. 2_2).

Die Beihilfe zur Übertr. (§ 1_3) ist daher straflos, soweit sie nicht in Sondergesetzen, wie z. B. im PrFDG. § 4, mit Strafe bedroht ist; Berlin OT. 12. Feb. 73 St. 2 215, KG. 15. Feb. 86 Jahrb. 6 271. Vgl. übrigens auch § 363_2 N. 12b.

4) Die Beihilfe muß „zur Begehung" eines V. o. V. geleistet sein. Demnach kann von Beihilfe zwar noch nach der juristischen Vollendung der Tat, dann jedoch nicht mehr

Digitized by Google

die Rede sein, wenn das V. bereits völlig abgeschlossen ist; nach Begehung eines V. kann nur noch Begünstigg. (§§ 257, 258) in Frage kommen; RG. III 7. März 91 E. 22 2. Abgesehen von den Fällen der Fortsetzung o. Wiederholung eines V. kann somit die der „Begehung" nachfolgende Hdlg. eines Dritten nicht als Beihilfe sich darstellen, selbst dann nicht, wenn der Täter mit der Vollendung des V. sein Handeln insofern noch nicht abgeschlossen hat, als er in ununterbrochener Tätigkeit noch bemüht ist, die von ihm bezweckten materiellen, nicht zum Verbrechenstatbestande gehörigen Vorteile sich zu sichern, und ihm hierbei von einem Dritten Beistand geleistet wird; RG. I 25. Jan. 83 E. 8 177 (btr. die Sicherung des gestohlenen Gutes nach Vollendung des Diebst.).

Demgemäß wurde mit Recht nach konkreter Sachlage Beihilfe angenommen:

a. zum Verg. aus § 137, weil die Hilfe geleistet wurde, ehe die durch Pfändung begründete Verfügungsgewalt der Behörde durch Fortschaffen der Sache vom Grundstücke aufgehoben war; RG. II 18. Jan. 81 E. 3 255;

b. zum Verg. aus § 169, weil die Hilfe zu der durch Herbeiführung der Taufe des Kindes auf einen falschen Namen sich fortsetzenden Veränderung des Personenstds. geleistet wurde; RG. II 8. Nov. 92 E. 23 292;

c. zum Verg. aus § 292, weil die Hilfe zur Abholung des vorläufig von den Tätern in Sicherheit gebrachten Wildes geleistet wurde, während die Täter die Absicht hatten, die unbefugte Jagdausübung durch Aneignung des von ihnen erlegten Wildes mittels Fortschaffens desselben aus dem Forst fortzusetzen; RG. II 13. April 80 N. 1 589.

Wenn ein Verbrechenstatbestand aus mehreren Einzelakten sich zusammensetzt, so kann die Beihilfe nach obigem auch noch nach Vollendung eines Einzelaktes zwischen diesem und einem nachfolgenden stattfinden, so z. B. beim betrügl. Bankerutt (KO. § 239); RG. I 17. Jan. 84 E. 9 430, Berlin 3. Dez. 75 St. 6 22.

5) Zur „Begehung" eines V. o. V. wird die Beihilfe geleistet; daraus folgt, daß Hdlgen eines Dritten, die nach Begehung eines V. geleistet werden, auch dann nicht als „Beihilfe" anzusehen sind, wenn sie noch vor der — juristischen — Vollendung des V. stattfinden. Vgl. deshalb bezüglich des Begriffes der „Begehung" eines Verbr. § 3 N. 3—6. Demnach ist Beihilfe ausgeschlossen, wenn lediglich der zum Tatbestande gehörige Erfolg bzw. eine objektive Voraussetzung der Strafbarkeit aussteht. Im schwurgerichtl. Verfahren entspricht daher eine Fragestllg., ob Angekl. schuldig, dem Täter „zu der von diesem begangenen strafb. Hdlg." Hilfe geleistet zu haben, nicht dem Gesetze; RG. III 5. Feb. 03 G. 50 135. Entwickelt ein Dritter, nachdem der Täter die btr. strafb. Hdlg. „begangen" hat, eine verbrecherische Tätigkeit in derselben konkreten Richtung, während der Erfolg jener Hdlg. noch aussteht, so ist, falls der Erfolg demnächst eintritt, lediglich nach den allg. Grundsätzen über Verursachung (T. I Abschn. 3 N. 2) zu beurteilen, wer von beiden bzw. ob beide als Täter anzusehen sind. So im wesentlichen: Finger 1 358, Rubo N. 15. AM.: H. Meyer S. 249, Oppenh.-D. N. 13, Rüd.-St. N. 13, v. Schwarze S. 147, Beihilfe sei auch noch in jenem Stadium denkbar.

6) Nach dem in N. 4 u. 5 Bemerkten erscheint es nicht notwendig, daß die „zur Begehung" geleistete Beihilfe bei der Begehung stattfinde, indem sie auch vor der Begehung geschehen kann (RG. II 5. Juli 81, 25. Nov. 87, N. 3 464, E. 16 350), insbs. auch schon vor der Entschließung des Täters zur Tat (RG. I 26. März 96 E. 28 287). Andererseits wird die Feststellung einer dem Täter „bei Begehung der Tat" geleisteten Hilfe zur Anwendung des § 48 regelmäßig genügen, wenn nicht etwa besondere Umstände zu dem Zweifel Anlaß geben, ob nicht die Beihilfe nur tatsächlich „bei Begehung der Tat" und ohne beabsichtigte Beziehung auf dieselbe geleistet sei; Berlin 26. April 72 O. 13 282. Bei einem Geschworenenspruche, dessen tatsächliche Unterlagen der Erkenntnis durch den Revisionsrichter entzogen sind, fällt jedoch die Möglichkeit einer Prüfung der Feststellung nach der fraglichen Richtung hin fort, weshalb eine Fragestellung, welche auf Beih. bei der Tat statt „zur Tat" geht, zur Aufhebung führt; so zit. RG. E. 16 350.

7) Der Gehilfe muß dem Täter zur Begehung des V. o. V. „Hilfe geleistet" haben. Demnach ist Beihilfe begrifflich da ausgeschlossen, wo die Hdlg. des Dritten nicht

Digitized by Google

als eine Mitwirkung zu derjenigen des Täters sich darstellt, sei es, weil überhaupt keine Verbindung mit dem Täter hergestellt wird (z. B. der brieflich abgesandte Rat den Täter vor Begehung der Tat nicht erreicht), sei es, weil der Täter die dargebotene ablehnt oder von ihr keinen Gebrauch macht; Geyer 1 140 u. HH. 4 167, H. Meyer S. 251.

8) Dagegen hat das Gesetz zwischen sog. wesentlicher und unwesentlicher Beihilfe nicht unterschieden; RG. II 5. Juli 81 N. 3 464, I 10. Mai 83, III 18. Jan. 86, E. 8 247, 13 265, IV 22. Feb. 87 N. 9 149. Demnach ist es auch gleichgültig, ob dem Täter durch die Hilfeleistung überhaupt eine Förderung des beabsichtigten Erfolges zuteil geworden ist; Kausalität der geleisteten Hilfe ist insoweit keine Voraussetzung für die Beihilfe i. S. des § 49; vielmehr genügt, daß „tatsächlich die bewußte Mitwirkung des Gehilfen psychisch oder physisch eines derjenigen Elemente abgegeben hat, aus denen die Tat so, wie sie konkret ausgeführt worden ist, nach der objektiven u. subjektiven Seite hin sich zusammensetzt" (zit. RG. E. 13 265); der Gehilfe muß also irgend etwas zur Erzeugung des konkreten Verbrechenstatbestandes beigetragen haben; so die überwiegende M., insbs. RG. zitt. E. 8 267, N. 9 149, I 20. Apr. 82 E. 6 169 (in der Annahme von Beih. zum schweren Diebst. [§ 243³], begangen durch Darleihen eines Nachschlüssels, dessen Benutzung jedoch zur Eröffnung des Schlosses nicht führte), IV 13. Dez. 87 N. 9 724; aM.: Finger 1 355, v. Liszt S. 231 (die versuchte, sei es unvollendete, sei es fehlgeschlagene, Beih. sei straflos), H. Meyer S. 250 f., Frank N. I, II 2, Haupt ZStrW. 15 203.

9) Unter den Begriff der „Hilfe" fällt, mit der hieraus sich ergebenden Maßgabe, jede Tätigkeit, welche dahin zielt, die Ausführung der Tat zu fördern; eine solche Förderung kann aber nicht nur durch eine auf die Ausführung — also auf eine zum Verbrechenstatbestande selbst gehörige Handlung des Täters — sich beziehende Tätigkeit herbeigeführt werden, sondern auch durch eine bloße Vorbereitungshdlg. (vgl. PrStGB. § 34² „Hilfeleistungen in Hdlgen, welche die Tat vorbereitet, erleichtert o. vollendet haben"). So: RG. II 5. Juli 81, IV 22. Feb. 87 (dieses btr. Beih. z. Abtreibg. begangen durch Bezeichnung einer mit Abtreibg. sich befassenden Hebamme), N. 3 464, 9 149, I 10. Mai 83 E. 8 267 (btr. Beih. verübt durch Überlassung eines Gegenstandes, welcher den Täter bei Begehung der Tat unkenntlich machen sollte), Berlin 22. Okt. 73, 12. Juni 77, O. 14 653, 18 399.

10) Die Beihilfe muß durch „Rat oder Tat" (vgl. § 356 „Rat o. Beistand") geleistet sein, d. h. sie muß eine sog. intellektuelle (psychische) oder eine physische sein; sie charakterisiert sich sonach als ein Kommissivdelikt (§ 1 N. 3a) und kann deshalb nicht in einem rein negativen Verhalten zu finden sein, z. B. in einer stillschweigenden Billigung, wohl aber durch eine sog. qualifizierte Unterlassung (N. 12) begangen werden.

Was die Feststellung des Mittels der Beihilfe betrifft, so ist einerseits eine nähere Spezialisierung nicht erforderlich, andererseits genügt die alternative Feststllg. „durch Rat oder Tat", da das Gesetz beides als gleichwertig nebeneinander stellt (§ 47 N. 29); RG. I 22. Apr. 80 E. 1 391, Berlin 14. Juli 75 St. 5 259, Ostern Alternativität S. 151.

Übrigens ist eine scharfe Unterscheidung beider Arten der Hilfeleistung nicht immer zu ziehen, da einerseits die Beihilfe durch „Rat" (N. 11) auch mittels Hdlgen geleistet werden kann, andererseits die Beihilfe durch „Tat" (N. 12) meist gleichzeitig einen bestärkenden, psychischen Einfluß üben wird; vgl. Hälschner 1 383 sowie ein praktisches Beispiel in dem N. 9 zit. RG. E. 8 267.

11) Die Beihilfe „durch Rat" besteht in einer psychischen Einwirkung auf den Täter, sei es, um den bereits zur Tat Entschlossenen (§ 48 N. 4) in seinem Entschlusse zu befestigen und zu bestärken (RG. I 8. Apr. 95 E. 27 157), sei es, um den Täter rücksichtlich der Begehung der Tat (nicht der Fassung des Entschlusses dazu; § 48 N. 12e) mit Anleitung (so ausdrücklich im PrStGB. § 34²), Belehrung, Unterweisung 2c. zu versehen.

Demgemäß ist mit Recht als Beihilfe durch Rat angesehen worden

a. beim Zweikpf. (§ 205): die Befestigung und Kräftigung des Verbrecherwillens durch den, von den Vertretern der Mehrheit zu verantwortenden, Ausspruch eines studentischen Ehrengerichts bzw. ein durch den Ausspruch eines Ehrengerichts sich vollziehendes Einwirken auf die Wahl der Waffen; RG. III 29. Okt. 81, 18. Jan. 86, E. 5 140, 13 265;

Digitized by Google

b. beim Morde (§ 211): die Bestärkung des täterischen Entschlusses durch aufmunternden Zuruf u. die Vorbereitung, gleichfalls zu handeln; München 24. Apr. 76 St. 6 150.

Eine solche Beihilfe liegt auch in der vor Begehung der Tat erfolgenden Zusicherung einer demnächstigen Begünstigg.; Hälschner 1 382, Rüd.-St. N. 9. Vgl. deshalb § 257$_2$ N. 46.

12) Die Beihilfe „durch Tat" besteht in einer Mitwirkung durch physische Kräfte; Hälschner 1 383. Sie kann, den allg. Grundsätzen über Verübung von Kommissivdelikten gemäß, auch durch eine Unterlassung begangen werden (T. I Abschn. 3 N. 3); so die GM., insbs. RG. III 18. Dez. 82 N. 4 885, IV 21. Okt. 84 E. 11 153 (btr. Beih. zum Diebst. seitens Bediensteter des Eigentümers durch Duldung der Wegnahme von, ihnen zur Arbeit übergebenen Sachen, bzw. seitens eines Privatwächters durch Nichtverhinderung).

13) Der Gehilfe muß dem Täter die Hilfe zur Begehung des V. o. V. „wissentlich", d. h. vorsätzlich (§ 48 N. 27), geleistet haben (vgl. auch § 120 N. 3b); zur Erfüllung dieses subjektiven Tatbestandsmerkmales genügt es daher nicht, daß der Gehilfe weiß, es wolle der Täter die strafb. Hdlg. begehen, sondern es wird vielmehr verlangt, daß er dem Täter dabei mit dem Bewußtsein Hilfe leiste, daß durch diese seine Tätigkeit die Vollbringung der vom Täter gewollten Straftat gefördert werde; damit ist notwendig auch der Wille des Gehilfen auf diesen Erfolg gerichtet; so RG. I 26. März 87, II 29. Mai 88, 30. Okt. 99, E. 16 25, 17 377, 32 353 (letzteres das zit. E. 16 25 näher erläuternd), und die u. N. 18 zitt. Entsch. Eine fahrlässige Beihilfe, wenn auch begrifflich denkbar (so: Finger 1 356, Merkel S. 137, H. Meyer S. 225, 248; aM. die auf dem Standpunkte der subjektiven Theorie Stehenden), ist deshalb jedenfalls nach dem StGB. nicht strafbar. Vgl. auch Wuttig Fahrl. Teiln. am Verbr. S. 117, 120f.

14) Das Moment der „Wissentlichkeit" erfordert, daß der Gehilfe von dem Vorliegen aller wesentlichen Begriffsmerkmale der Haupttat Kenntnis besessen haben muß (vgl. jedoch N. 15), dagegen ist nicht notwendig, daß er „gleichgültige Nebenumstände", z. B. den Namen des Verletzten, bzw. bloße „Modalitäten der Ausführung" gekannt habe; RG. I 6. Nov. 79 N. 1 37, III 9. Apr. 81, 18. Sept. 87, E. 4 95, R. 9 436, II 15. Feb. 98 E. 31 35. Die Individualität des Täters gehört nicht zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen, deshalb ist eine Kenntnis von der Person des Täters nicht erforderlich (RG. II 13. März 88 N. 10 242) und selbst da, wo gewisse persönliche Eigenschaften auf den rechtlichen Charakter der Tat und die Strafe Einfluß haben, kommt es regelmäßig nur auf die Eigenschaften, die vielen Personen anhaften können, nicht aber noch weiter auf die Individualität desjenigen an, dem sie im konkreten Fall angehaftet haben; RG. III 26. Juni 84 E. 11 87. Unter Umständen kann aber durch die Persönlichkeit des Täters die konkrete Tat bestimmt werden, zu der jemand Hilfe leisten wollte (N. 15, insbs. a). Aus dem Gesagten folgt, daß der Gehilfe im Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit der Haupttat gehandelt haben muß; wer in Unkenntnis hiervon Beih. leistet, handelt ohne subjektive Verschuldung und macht deshalb einer strafb. Beih. sich nicht schuldig; RG. IV 20. Sept. 87 N. 9 447 (btr. Beih. eines Tagearbeiters zu einer seitens seines Dienstherrn begangenen Nötigg. aus § 240). Nicht erforderlich ist aber, daß der Gehilfe wisse, er unterstütze eine „strafb. Hdlg." oder gar ein „Verbr. o. Verg." (§ 48 N. 14$_3$); Binding Normen 2 568 N. 828.

15) Die „wissentliche Hilfeleistung" muß auf die konkrete Tat, die begangen oder versucht wurde, sich beziehen; RG. III 29. Nov. 79, 18. Jan. 86, II 15. Feb. 98, E. 1 110, 13 265, 31 35. Demgemäß liegt eine solche nicht vor, wenn das vom Täter begangene V. o. V. aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ein anderes ist, als der Hilfeleistende sich vorgestellt hat, also die Identität der Tat entfällt; die Hdlg. ist deshalb straflos (§ 48 N. 15b); so: RG. III 26. Juni 84, 19. Sept. 87, E. 11 87, R. 9 436, IV 7. Okt. 90 E. 21 93 (auch II 1. Nov. 90 G. 38 432 prinzipiell nicht abweichend), H. Meyer S. 249, Oppenh.-D. N. 16; aM. Hälschner 1 392, der wg. Versuchs der Beih. strafen will; s. jedoch u. N. 23.

Dabei ist aber auch hier ein unbestimmter Vorsatz (Eventualdolus) für ausreichend zu erachten; so kann z. B. der Dolus des Gehilfen auf eine unbestimmte Mehrheit von Straftaten

Digitized by Google

gewisser Art gerichtet sein oder er kann eine Tat haben befördern wollen, ohne Rücksicht darauf, ob die eine oder die andere Person Täter sei oder auch — etwa bei Verfolgung eines bestimmten Endzweckes — ohne Rücksicht darauf, ob die Tat rechtlich die eine oder die andere Qualifikation annehme; so, außer dem zit. RG. E. II 87, ferner III 9. Apr. 81 E. 4 95.

Demgemäß sind namentl. folgende Fälle zu beurteilen:

a) Die Tat wird von einer anderen Person begangen, als welcher der Betreffende ausschließlich und ohne jeden auf eine andere Person gerichteten eventuellen Dolus Hilfe leisten wollte; dann liegt wissentliche Hilfeleistung, und somit Beihilfe, zu der begangenen konkreten Tat nicht vor; so zit. RG. E. II 87.

b) Bei einem wirklichen — nicht bloß scheinbaren — Exzeß des Täters (§ 48 N. 16 f.), bei dem er zwar die Hdlg. ausführt, welche der Hilfeleistende sich vorgestellt hatte, aber, ohne Wissen des Gehilfen, über sie hinausgeht, sei es, daß er vorsätzlich einen von letzterem sich nicht vorgestellten sog. straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 ausführt, sei es, daß die Hdlg. durch den Exzeß überhaupt eine andere Qualifikation erhält, liegt „Beihilfe" nur soweit vor, als das V. o. V. mit dem „Wissen" des Gehilfen sich deckt. So findet Beihilfe nur zu einem „einf. Diebst." (§ 242) statt, wenn der Gehilfe überzeugt ist, daß er seine Hilfe nur hierzu leiste, während der Diebst. in einer Weise ausgeführt wird, daß er als ein „schwerer" (§ 243) sich darstellt; so die Motive. So liegt ferner Beihilfe nur zur Beleidigg. aus § 186, nicht zur verleumderischen Beleidigg. aus § 187 vor, wenn der Gehilfe keine Kenntnis von der Unwahrheit der behaupteten Tatsache hatte; RG. I 7. Juli 84 E. II 118. So ferner nur Beihilfe zur vorsätzl. Körperverletzg. (§§ 223 ff.), wenn die Hilfe ohne die Vorstellung einer tödl. Absicht beim Täter geleistet wurde, dieser aber einen Totschlag (§ 212) beging; München 29. Jan. 75 St. 4 349. Allerdings wird der Gehilfe wg. Beih. zu einer sog. Körperverletzg. mit tödl. Erfolge (§ 226) verantwortlich zu erachten sein; denn wenn auch der Täter den Tod vorsätzlich herbeiführte, so stellt er doch für den Gehilfen als ein zufälliger Umstand sich dar; auch würde, wenn man nur aus § 223 o. § 223a strafen wollte, das unbefriedigende Resultat sich ergeben, daß die Beih. zur Körperverletzg. härter bestraft wird, falls der Täter nur aus § 226, als wenn er sogar aus § 211 verantwortlich ist; so auch das zit. München u. Oppenh.-D. N. 16.

16) Der Dolus des Gehilfen erfordert positiv lediglich die „Wissentlichkeit" in dem N. 13—15 erläuterten S., negativ aber die Abwesenheit des Tätervorsatzes; Binding Grundr. S. 137, Birkmeyer Teiln. S. 143. Vgl. dagegen RG. I 7. Jan., III 29. Okt. 81, E. 3 118, 5 140 (der Gehilfe dürfe nur einen von dem des Täters abhängigen Willen haben; der strafb. Vorsatz bei der Beih. erfordere nicht mehr, als daß die Beihilfehdlg. selbst eine vorsätzlich gewollte und der Gehilfe als „wissentlich" handelnd von dem Bewußtsein geleitet sei, er werde durch sein Tun eine Bedingung der von dem Täter aus eigener Entschließung beabsichtigten strafb. Hdlg. setzen; vgl. jedoch N. 8).

Während derjenige, der bei der Ausführung der Tat selbst mit dem Dolus des Täters auch in minder hervorragender Weise, also namentl. ohne selbst eine Tatbestandshdlg. vorzunehmen, mitwirkt, dennoch, bei Ausführung des Tatbestandes durch andere, als Täter (A. I Abschn. 3 N. 5) oder als Mittäter (§ 47 N. 3) verantwortlich ist, bleibt bloßer Gehilfe, wer ohne den für die btr. strafb. Hdlg. erforderlichen Dolus auch die wichtigsten Tatbestandshdlgen vollzieht; RG. II 10. Juni 84 N. 6 416 btr. Diebst. an einem Hunde, der vom Gehilfen ohne Absicht eigener rechtswidriger Zueignung von der Kette gelöst wurde.

17) Ein Bewußtsein auf seiten des Täters davon, daß ihm durch einen Dritten Hilfe bzw. wissentlich Hilfe geleistet werde, ist nicht erforderlich (§ 48 N. 13); so die GM., insbs. RG. I 23. Sept. 80 N. 2 243.

Beihilfe bei einzelnen Delikts-Arten und -Formen. N. 18—22.

18) Aus dem soeben N. 17 Bemerkten folgt, daß es, wie eine Anstiftg. zu einem fahrl. V. (§ 48 N. 18), so auch eine Beih. zu einem fahrlässigen V. geben kann. So: Binding Grundr. S. 137, Rubo N. 6, Borchert Teiln. S. 82, Birkmeyer Teiln. S. 141. Die GM., insbs. RG. I 5. Dez. 83, IV 1. Nov. 87, E. 10 8, 16 277, ist entgegengesetzt. Obschon der Begriff der Beih. außer dem wissentlichen Fördern der äußeren Hdlg. des Täters in

Digitized by Google

subjektiver Beziehung auch den auf die Entstehung des Verbr. gerichteten Willen des Hilfeleistenden erfordert (N. 13), so folgt doch daraus keineswegs, wie RG. annimmt, das weitere allgemeine Erfordernis der Kenntnis des Hilfeleistenden von dem auf die Verwirklichung des Deliktstatbestandes gerichteten Willen des Täters; dieses Erfordernis liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Verbrechenstatbestand einen solchen Willen des Täters verlangt. Entsprechend seiner Ansicht hat deshalb RG. zit. E. 16 277, IV 13. Juli 88 N. 10 487, 2. Juli 95 E. 27 316, Beih. zum einfachen Bankerutt (KO. § 240) nur in dem Falle für rechtlich möglich erachtet, wenn die Haupttat in concreto vorsätzlich verübt wurde.

19) Zu einem durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikt (§ 1 N. 3a) kann Beih. geleistet werden, jedenfalls „durch Rat", aber auch „durch Tat", z. B. durch Abhalten der Kräfte, welche die Folgen der Unterlsg. zu beseitigen imstande sein würden; aM. Sturm Unterlassungsbel. S. 354.

Desgleichen ist bei Omissivdelikten (§ 1 N. 3b) Beihilfe denkbar; zunächst wiederum „durch Rat", namentl. durch Bestärkung in dem Entschlusse; Schwalbach GS. 31 611 ff. Aber auch Beih. „durch Tat" ist nicht ausgeschlossen und zwar deshalb nicht, weil einerseits Omissivdelikte auch „durch Hdlgen" begangen werden können, andererseits aber die geleistete Hilfe nicht kausal für die Erfüllung des Tatbestandes zu wirken braucht (N. 8), so daß solche stattfinden kann, wenn auch lediglich die Unterlassg. des Täters verursacht; aM. Schwalbach und, obschon aus anderen Gründen, Sturm aO. S. 134.

20) Beih. zu einem delictum proprium ist, wie die Anstiftg. zu einem solchen (§ 48 N. 20), seitens jedes Dritten denkbar; so die GM., insbs. RG. I 6. Apr. 95 E. 27 157 sowie Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 109, 128; aM.: v. Schwarze S. 150, Kohler Studien 1 135.

21) Beih. zum Versuche eines V. o. V. ist nur in der Weise denkbar, daß die Beih. zum vollendeten V. o. V. geleistet werden sollte, die Hdlg. aber nicht zur Vollendung gedieh, sondern im Stadium des Versuchs geblieben ist (§ 48 N. 17a); RG. IV 13. Dez. 87 N. 9 724. Wegen der Bestrafung der Beih. in einem solchen Falle s. u. N. 28.

Dagegen ist, abweichend von der Anstiftg. (§ 48 N. 21), mit der GM., insbs. RG. I 17. Feb., 28. März 87, II 29. Mai 88, E. 15 315, 16 25, 17 377, IV 19. Apr. 87 N. 9 253 eine Beih. zum Versuche in dem S., daß der Gehilfe nur zu einem solchen Hilfe leisten wollte, begrifflich für ausgeschlossen zu erachten; denn da der Täter notwendig die Vollendung des (vorsätzlichen) V. o. V. beabsichtigen muß, weil er sonst nicht einmal einen Versuch des fraglichen V. o. V. begehen würde (bei fahrlässigen V. ist ein Versuch überhaupt ausgeschlossen; § 43 N. 5), so kann der Wille des Gehilfen, der dem Täter zu dem von diesem zu begehenden V. o. V. wissentlich Hilfe leistet, notwendig nur darauf gerichtet sein, ihm solche zu einem vollendeten V. o. V. zu leisten.

22a) Daß Beih. zur Mittäterschaft, d. h. Mittätern (§ 47) zur Begehung des gemeinschaftlich zu verübenden V. o. V., geleistet werden könne, wird von keiner Seite in Zweifel gezogen. Sie ist, auch wenn sie durch verschiedene Akte geschah, dennoch nur eine Handlung i. S. des § 73; bas. N. 18b.

b) Bestritten ist dagegen, ob es auch Beih. zur Anstiftung bzw. zur Beihilfe geben könne. Für die Verneinung dieser Frage beruft man sich, außer den bezüglich der entsprechenden Frage bei der Anstiftg. (§ 48 N. 23) geltend gemachten Gründen, namentl. auch auf den Wortlaut des § 49, der nur von der „dem Täter", nicht aber von der „einem anderen" (§ 48), geleisteten Hilfe spreche. Allein abgesehen davon, daß „Täter" im Abschn. 3 selbst durchaus nicht stets in seiner techn. Bedeutung gebraucht ist (§ 47 N. 24), so ist die Verschiedenheit des Wortlautes in den §§ 48 u. 49, wie Rubo § 48 N. 7 aus der Entstehungsgeschichte nachweist, nur eine redaktionelle, indem die Bundesratskommission selbst den § 49 dahin angenommen hatte:

> „Wegen Beihilfe wird bestraft, wer das V. o. V. eines anderen durch Rat oder Tat erleichtert oder befördert hat."

während lediglich die mit der Redaktion der Kommissionsbeschlüsse betraute Subkommission die jetzige Fassung an die Stelle setzte. Jener Grund greift hiernach nicht durch und des-

Digitized by Google

halb bejahen Geyer HH. 2 387 f. u. Rubo N. 8 die obige Frage unbeschränkt. Man wird aber unterscheiden müssen:

α) Beih. zur Anstiftung ist rechtlich denkbar, indem jede Unterstützung des Anstifters in seiner Anstiftgshdlg. vom ersten Stadium der Entschließung bis zum letzten der Bestimmung des Angestifteten zur Straftat begrifflich als Beih. zur Anstiftg. erscheint; so: RG. I 8. Juli 86 E. 14 318, Frank N. II 5, Oppenh.-D. § 48 N. 6, v. Schwarze S. 140, Borchert Teiln. S. 82. Daß der Gehilfe des Anstifters der Beziehung seiner Tätigkeit zur Haupttat sich bewußt sein muß, ist selbstverständlich; daraus aber folgt weder, daß die Beih. zur Anstiftg. Anstiftg. in Mittätersch. sei (der Gehilfe will die Anstiftg. nicht selbst begehen), noch daß sie mittelbare Beih. zur Haupttat sei (der Gehilfe des Anstifters will dem Haupttäter zur Begehung des Verbr. keine Hilfe leisten, sd. nur dem Anstifter seine anstiftende Tätigkeit erleichtern); aM. jedoch Herzog StR. II 264, während Berlin 17. Apr. 74 St. 4 9, v. Liszt S. 232, H. Meyer S. 232, Schütze S. 156 N. 3, Rüd.-St. N. 4 den Gesichtspunkt der mittelbaren Beih. vertreten u. endlich Finger 1 358 u. v. Wächter S. 257 die Beih. zur Anstiftg. für straflos erklären.

β) Dagegen ist Beih. zur Beihilfe nichts anderes als mittelbare Beih.; wer zunächst einen Gehilfen fördern will, leistet damit notwendig auch dem Täter zur Begehung des Verbr. Beih. i. S. des § 49; so: RG. I 7. Apr. 81, III 17. Nov. 92, E. 4 60, 23 300 u. die zu α) aE. zitierten, außerdem Hälschner 1 383; aM. einerseits Berner S. 167 u. Finger aO., die Beih. zur Beih. schlechthin für straflos erklären, andererseits Frank N. II 5, der Beih. zur Beih. für möglich ansieht.

Versuch; Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe, Konkurrenz. N. 23, 24.

23) Ein Versuch der Beihilfe ist begrifflich so gut denkbar wie ein Versuch der Anstiftg. (§ 48 N. 24); so: RG. III 16. Juni 84 E. 11 56, Finger 1 358, H. Meyer S. 231, v. Wächter S. 257; aM.: RG. IV 13. Dez. 87 N. 9 724 (weil es zur Erfüllung des Tatbestandes nicht erforderlich sei, daß die geleistete Hilfe zum Eintritt des Erfolges von Einfluß gewesen; s. o. N. 8), Oppenh.-D. N. 17. Dennoch ist seine Straflosigkeit nach dem StGB. aus gleichen positivrechtlichen Gründen wie dort anzunehmen; so die GM., insbs. RG. zit. E. 11 56, III 7. Juli 84 E. 11 37; aM. Hälschner 1 386 ff., auch Ortmann G. 22 389 f.

Der Versuch eines sachlich als bloße Beihilfe (N. 1_3) sich darstellenden Deliktes ist strafbar in den Fällen der §§ 141_2, 347_1; vgl. auch §§ 120 N. 6, 151 N. 2.

24) Beihilfe kann, wie die Anstiftg. (§ 48 N. 5), im einverständlichen Zusammenwirken seitens mehrerer begangen werden.

Wg. Anstiftung zur Beih. vgl. § 48 N. 23, wg. Beihilfe zur Anstiftg. u. Beih. o. N. 22 b.

Zu vergl. ist wg. Zusammentreffens von Beih. mit: Täterschaft bzw. Mittäterschaft § 73 N. 13 b 2, Anstiftg. § 73 N. 18 b, Begünstigg. § 257 N. 46, Partiererei § 259 N. 27, sowie von Beihilfe zur Begünstigg. des vom Gehilfen selbst begangenen Deliktes mit letzterem § 257 N. 27.

Zu § 49 Absatz 2. N. 25—30.

25) Der im Abs. 2 über die Bestrafung der Beih. aufgestellte Grundsatz, der in allg. Fassung die Strafandrohung für die Beih. enthält, greift wegen seiner Allgemeinheit auch in den Fällen Platz, wo ausnahmsweise (N. 3_3) selbst die Beih. zu einer Übertr. für strafbar erklärt ist, falls nicht eine bezügliche Sonderbestimmung getroffen ist, wie z. B. im PrFDG. § 4 (N. 29 b). So Berlin KG. 15. Feb. 86 Jahrb. 6 271 (welches freilich im Abs. 2 nur eine „Strafzumessungsregel für die Beih." findet).

26) Soweit die Strafe des Gehilfen „nach demjenigen Gesetze festzusetzen ist, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hilfe geleistet hat", gilt das in den N. 27—31 zum § 48 Bemerkte entsprechend. Demnach kann namentl. die Strafe des Gehilfen im konkreten Falle höher bemessen werden als die des Täters; so: RG. I 25. Okt. 80 E. 2 383, Berlin 11. Sept. 74 O. 15 556, München ObersteLG. 25. Okt. 02 E. 3 68; aM. Schmidt Mittätersch. S. 43. Das

Digitized by Google

Gesagte gilt ferner insbs. auch hinsichtlich der Nebenstrafen, soweit nicht deren Natur ihrer Anwendung gegen den Gehilfen entgegensteht; vgl. § 48 N. 32b sowie u. N. 27_2.

27) Die Strafe des Gehilfen ist aber „*nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen*". Diese „Grundsätze" sind im § 44 zu finden, nach dessen Abs. 1 das versuchte V. o. V. „milder zu bestrafen ist" als das vollendete; demnach ist die Strafermäßigung auch beim Versuch für *alle* V. o. V. (nicht nur für die schwereren in den Abs. 2 u. 3 bezeichneten Verbr.) *geboten*, so daß in dieser Beziehung zwischen der Bestrafung des Versuchs und der Beih. kein Unterschied besteht.

Offenbar hat aber $§ 49_2$ *nur* die im § 44 aufgestellten „Grundsätze" im Auge; angesichts des § 45 sind auch keine anderen *Grundsätze*, die über eine Strafermäßigung beim Versuche sich verhielten, *aufgestellt*; soweit einzelne Nebenstrafen für die Bestrafung des Versuchs außer Anwendung bleiben müssen (vgl. $§ 45 N. 1_2$), beruht dieses auf dem allg. Grundsatze „nulla poena sine lege". Bei der Beih. rechtfertigt aber der zunächst aufgestellte Grundsatz (N. 26) die Anwendung aller auch speziell bei den einzelnen V. o. V. angedrohten Nebenstrafen; der demnächst aufgestellte Grundsatz der Strafermäßigung äußert seine Wirkung nur bezüglich der Hauptstrafen nach Maßgabe des § 44; so auch Borchert Teiln. S. 96. Dem entspricht im Resultate RG. III 5. Mai 83 E. 8 279, wenn auch die Begründung dahingeht: der Grundsatz, daß eine Ermäßigung einzutreten habe, könne hinsichtlich der Nebenstrafen, bei welchen, wie bei der Einziehung, ihrer Natur nach eine Ermäßigung nicht möglich sei, nicht dahin führen, den Gehilfen von dieser Strafe frei zu lassen. Weil aber nach $§ 44_2$ an Stelle der Todesstr. bzw. lebenslängl. Zuchthausstr. eine zeitige Zuchthausstr. zu treten hat, neben der auf ZulvPolAuff. erkannt werden kann, so bildet diese, wenn auch nur fakultative Nebenstr. immerhin einen Teil der ermäßigten Strafe; auf sie kann daher im Falle der Beih. gleichfalls erkannt werden; so Frank N. III 2; aM. Fuhr PolAuff. S. 29, die über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätze fänden nur Anwendung, insofern es um *Ermäßigung einer angedrohten Strafe* sich handele.

Übrigens folgt aus diesem zweiten für die Bestrafung der Beihilfe maßgebenden Grundsatze, daß der „Täter", welcher als „Gehilfe" bestraft wird, nicht benachteiligt sein kann; vgl. auch das $§ 48 N. 30_2$ zit. RG. N. 3 632, welches „nicht annimmt, daß die erfolgte Verurteilung auf der gerügten Verletzung des Gesetzes beruhe" (StPO. $§ 376_1$).

28) *Eine doppelte Reduktion* des originären Strafrahmens hat bei der *Beihilfe* zu einem *im Versuchsstadium gebliebenen* V. o. V. einzutreten (N. 21_1); so die GM., insbs. RG. I 25. Okt. 80 E. 2 383.

Dagegen entfällt bei Auffassung der Beih. zur Beihilfe als *mittelbare Beih.* (N. 22bβ) der Grund zu einer derartigen Maßnahme; RG. III 17. Nov. 92 E. 23 300.

Wegen Bestrafung der seitens eines *nicht voll Strafmündigen* begangenen Beih. vgl. § 57 N. 4, 9.

29) *Ausnahmen* von den Regeln über die Bestrafung des Gehilfen kommen, abgesehen von der N. 26 bemerkten sowie von derjenigen des § 50, mehrfach vor:

a) Die Beih. zu einer strafb. Hdlg. ist in manchen Fällen, sei es ohne weiteres, sei es unter Hinzutritt eines gewissen Umstandes, zu einem *eigenartigen Delikt* erhoben; vgl. z. B. §§ 203, 209.

b) Der Gehilfe wird nach demselben Strafgesetz *wie der Täter bestraft*; vgl. z. B. $§§ 142_2$, 363, ferner PrFDG. § 4. Wegen einer hier bestehenden Streitfrage vgl. § 80 N. 7.

c) Die Beih. zu einer strafb. Hdlg. wird *straflos* gelassen; vgl. T. I Abschn. 3 N. 9. Umgekehrt ist die vor der Tat zugesagte Begünstigg., obgleich nicht diese selbst, sondern nur die vorherige Zusage Beih. ist (N. 11 aE.), nach $§ 257_3$ „als Beihilfe" zu bestrafen.

30) Ein *Rücktritt des Gehilfen* kann nicht mehr stattfinden, wenn die Beih. geleistet und die Haupttat begangen oder wenigstens versucht worden ist. Wegen der trotzdem möglicherweise infolge Rücktritts des Täters vom Versuche oder Erfolgsabwendung seitens desselben eintretenden Straflosigkeit des Gehilfen s. N. 26 bzw. $§ 48 N. 29_2$.

Ist die Haupttat noch nicht bis zur Strafbarkeit gediehen, so ist ein straflos machen-

Digitized by Google

der Rücktritt des Gehilfen nur dann denkbar, wenn es ihm gelingt, die Wirkung der von ihm geleisteten Beih. gänzlich wieder aufzuheben, was bei Beih. „durch Rat" kaum möglich sein wird; so: Finger I 359, H. Meyer S. 227, Rubo N. 17, Rüd.-St. N. 28, v. Schwarze S. 150, im Resultate auch Hälschner I 389.

Prozessuales. N. 31—34.

31) Wegen Verjährung der die Beihilfe zu einer strafb. Hdlg. betreffenden Strafverfolgung vgl. § 67 N. 2c, 16c.

32) Nach StPO. § 3 begründet die Anschuldigung mehrerer Personen „als Täter, Teilnehmer 2c." — also auch als „Gehilfen" — bei einer strafb. Hdlg. einen Zusammenhang im prozessualen Sinne.

33) Wegen sukzessiver Aburteilung der Haupttat u. der Beih. vgl. § 48 N. 36. Wegen Feststellung der Mittel zur Beihilfe s. o. N. 10_3.

34) Die sachliche Zuständigkeit zur Aburteilung der Beih. richtet sich nach derjenigen zur Haupttat.

§. 49a.

Wer einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Theilnahme an einem Verbrechen auffordert, oder wer eine solche Aufforderung annimmt, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, wenn das Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten, wenn das Verbrechen mit einer geringeren Strafe bedroht ist, mit Gefängniß bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Theilnahme an einem Verbrechen erbietet, sowie Denjenigen, welcher ein solches Erbieten annimmt.

Es wird jedoch das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, sowie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vortheilen irgend welcher Art geknüpft worden ist.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Entw. d. StGB. Art. II § 49a. Aktenstücke 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 835 ff., 847 ff., 1250 ff.

Entstehungsgeschichte u. systematische Stellung; Materie. N. 1—3.

1) Dieser sog. Duchesne-Paragraph, welcher seine Aufnahme in die StGB. dem Spezialfalle verdankt, daß ein gewisser Duchesne dem Jesuitenprovinzial in Belgien zur Ermordung des Fürsten Bismarck sich anbot, ist dem Belgischen G. v. 7. Juli 1875 (Loi contenant des dispositions pénales contre les offres ou propositions de commettre certains crimes; abgedruckt in Anl. III der Motive zur StGB.) nachgebildet.

2) Die RTKommission wollte „das Unternehmen der Anstiftung", also die versuchte Anstiftg., unter Strafe stellen und dementsprechend einen § 48a einschalten. Mit Unrecht hat aber der jetzige § 49a seine Stellung im Abschnitte von der Teilnahme gefunden (vgl. hierüber noch N. 20_3); denn er fällt unter diese weder nach der in Geltung verbliebenen Definition des Begriffes „Teilnehmer" im § 50, noch seiner Natur nach, da die Voraussetzung seiner Anwendung ist, daß das Verbr. selbst, zu welchem aufgefordert wurde, nicht begangen werde, sonach ein Verbr., an dem eine Teilnahme stattfinden könnte, nicht vorliegt; Berner S. 172, H. Meyer S. 244, Haeger System. Stellung des § 49a S. 358. Das Verg. aus § 49a ist vielmehr, worauf auch die selbständige Strafandrohung hindeutet und wie ferner die Motive anerkennen, ein eigenartiges Verg., das seine systematische

Digitized by Google

Stellung richtiger im Besonderen Teile des StGB. — und zwar wohl im Anschluß an die §§ 110 bis 112 — gefunden haben würde. So außer den Genannten: Merkel S. 151 f., Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 2. AM. vom Standpunkt der subjektiven Theorie: Schütze Anh. S. 7 ff., Meves S. 334 f., § 49a bilde einen besonderen Fall der Teilnahme.

3) Da § 49a lediglich den Tatbestand eines eigenartigen Delikts enthält, so ist anzunehmen, daß durch ihn die Materie der strafb. Aufforderung nur soweit habe geregelt werden sollen, als es um Verbrechen sich handelt (vgl. jedoch noch N. 19), daß dagegen die strafb. Aufforderung zur Begehung von Verg. und Übertr. nicht habe berührt werden sollen; derartige gesetzliche Bestimmungen sind demnach neben § 49a in unveränderter Geltung geblieben; Oppenh.-D. N. 19.

Zu § 49a Absatz 1 u. 2. N. 4—10.

4) Mit Strafe bedroht werden:

a. die Aufforderung (Abs. 1) und das Erbieten (Abs. 2) zur Begehung eines Verbr. oder zur Teilnahme an einem Verbr.;

b. die Annahme einer solchen Aufforderung bzw. eines solchen Erbietens (Abs. 1 u. 2).

5a) „Aufforderung (vgl. im allg. § 110 N. 3 f.) zur Begehung eines Verbr." ist die an einen anderen gerichtete Erklärung, wodurch dieser zur Begehung des btr. Verbr. bestimmt (Hälschner I 407) oder in seinem bereits gefaßten Entschlusse bestärkt werden soll; ob einer Erklärung die Bedeutung einer solchen Aufforderung beizulegen sei, ist Sache tatsächlicher Auslegung; RG. IV 20. Dez. 87 N. 9 743. Mit Recht nehmen Hälschner u. Merkel S. 151 an, daß jede Art einer listigen Tätigkeit, wodurch der Erklärende dem anderen seine verbrecherische Absicht zu verbergen und ihn dennoch zum Verbr. zu bestimmen sucht, ausgeschlossen sei; dagegen ist das von jenem aufgestellte Erfordernis einer „ausdrücklichen" Erklärung nicht im Gesetze begründet, vielmehr genügt auch eine solche durch schlüssige Hdlgen.

Was den Aufgeforderten betrifft, so wird einerseits nicht vorausgesetzt, daß er willens oder auch nur geneigt sei, auf die Aufforderung sich einzulassen; darauf, daß die Aufforderung sich wirksam erwiesen habe, kommt nichts an, vielmehr erfüllt die Strafbarkeit sich ausschließlich in der Person des Auffordernden; die Aufforderung muß eine von diesem gewollte Hdlg. betreffen, die, im Falle sie sich nach Meinung des Auffordernden vollziehen würde, den Tatbestand eines Verbr. darstellt (s. auch N. 6); RG. I 16. Apr. 83, 24. März 87, E. 8 229, 15 359. Andererseits aber ist die Aufforderung selbst dann strafbar, wenn sie an einen bereits zur Tat Entschlossenen sich richtete (Hälschner I 408; Meves S. 332); insofern ist auch dieser Mischtatbestand des § 49a von der „versuchten Anstiftg." wesentlich verschieden; § 48 N. 24.

b) „Erbieten zur Begehung eines Verbr." ist die an einen anderen gerichtete Erklärung des durch die Annahme des Erbietens bedingten Entschlusses, das btr. Verbr. zu begehen; Geyer HRl. „Auffdg. z. Verbr.", Hälschner I 410, v. Liszt S. 568.

6) Die Aufforderung und das Erbieten zur Begehung eines Verbr. 2c. müssen ernstlich auf die Begehung eines Verbr. gerichtet sein. Hat der Auffordernde nicht den Willen, daß der Aufgeforderte das Verbr., wozu er auffordert, begehe, oder fehlt es dem sich Erbietenden an dem Willen, das Verbr., wozu er sich erbietet, selbst zu begehen, so liegt in Wahrheit eine Aufforderung oder ein Erbieten nicht vor. So die GM., insbs. RG. III 31. März 80, I 7. Mai 94, E. 1 338, G. 42 122, IV 20. Dez. 87 N. 9 743, letzteres mit Recht auch für den Fall der Annahme einer nicht ernstlich gemeinten, aber vom Aufgeforderten für ernstlich gehaltenen Aufforderung. AM. Reiffel GS. 42 175 ff. Im übrigen aber sind die Merkmale des § 49a schon dann gegeben, wenn nur der ernstliche Wille des Auffordernden darauf gerichtet war, das Verbr. solle ausgeführt werden, und er der Meinung war, die von ihm zu diesem Behufe geäußerte intellektuelle Tätigkeit werde hierfür sich wirksam erweisen bzw. die von ihm dem Aufgeforderten in Aussicht gestellten Vorteile würden ihren Eindruck auf diesen nicht verfehlen; so RG. I 24. März 87 E. 15 359; aM. Frank N. IV 1 insofern, als er verneint, daß der Auffordernde die Begehung des V. bezweckt haben müsse. Darauf, daß der Aufgeforderte die ernstlich gemeinte Aufforderung auch wirklich

Digitized by Google

für eine solche ansah, kommt nichts an, da das Gesetz keinen Unterschied macht, ob dem Eintritt des Erfolges der Aufforderung objektive oder subjektive Hindernisse entgegenstanden (N. 2, 5_3); zit. RG. R. 9 743. Es ist überhaupt nicht nötig, daß der Aufgeforderte die Aufforderung als solche erkannt und aufgefaßt habe; RG. IV 4. Juni 97 E. 30 142.

Der Tatbestand eines strafbaren Aufforderns oder Erbietens erfordert ferner, daß es zur Kenntnisnahme des anderen, an den es sich richtete, gelangt, sowie daß diese Kenntnisnahme noch kausal auf die Tätigkeit des Auffordernden zurückzuführen ist, was z. B. nicht der Fall, wenn die schriftliche Aufforderung etwa von einer Behörde aufgegriffen und dann mitgeteilt wird; Hälschner 1 408, H. Meyer S. 244, v. Liszt S. 568, Frank N. v 1, Rüd.-St. N. 8. Auch das zit. RG. E. 30 142 verlangt begrifflich, daß die als Aufforderung in Frage kommende Erklärung erkennbar den Willen des Auffordernden zum Ausdruck bringe, das V. solle durch den anderen begangen werden; mit der Erkennbarkeit des Zieles und Zweckes der dem anderen übermittelten Erklärung sei die Gefahr, der das Gesetz entgegentreten wolle, gegeben. Falls es daher dem Auffordernden gelingt, die Kenntnisnahme seitens des Aufgeforderten zu verhindern, liegt ein Rücktritt vor, welcher Straflosigkeit bewirkt und insofern ähnliche Folgen hat, wie die Abwendung des Erfolges beim straſb. Versuch § 46^2. Nachdem aber das Auffordern bzw. Erbieten vollendet ist, kann durch eine Gegenwirkung des Täters Straflosigkeit nicht mehr erzielt werden; Berner S. 173, Geyer HH. 4 153, Oppenh.-D. N. 15.

7) Annahme der Aufforderung ist die Erklärung, ihr Folge zu leisten, Annahme des Erbietens die Erklärung des Einverständnisses mit dem Erbieten, und zwar ev. unter den gestellten Bedingungen; Geyer HH. 4 154 f. u. HRl. „Auffdg. z. Verbr.", Hälschner 1 109 f.

Die Strafbarkeit der Annahme einer Aufforderung oder eines Erbietens erfordert auf beiden Seiten die ernste Absicht, daß das Verbr. begangen werde. Sollte auch auf seiten des Annehmenden eine solche vorgelegen haben, nicht aber auf seiten des Auffordernden, so fehlt es an einem Auffordernden zur Begehung eines Verbr. und es ist deshalb auch bezüglich des Annehmenden der Tatbestand des § 49a nicht gegeben; RG. III 31. März 80 E. 1 338, IV 20. Dez. 87 R. 9 743, v. Liszt S. 568, Frank N. IV 3b, Oppenh.-D. N. 14, auch, trotz Zweifel, Haeger System. Stellung des § 49a S. 347 ff.

Dasselbe gilt, wenn die Aufforderung dem Auffordernden nicht zugerechnet werden kann, z. B. wegen Vorliegens des § 51, während lediglich der Umstand, daß der Auffordernde strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden kann, z. B. weil er noch nicht 12 J. alt ist (§ 57), die Strafbarkeit des Annehmenden nicht ausschließt; entscheidend ist vielmehr, ob der Auffordernde mit dem erforderlichen Dolus gehandelt hat; vgl. T. I Abschn. 3 N. 6.

Übrigens muß auch die Annahme zur Kenntnis des anderen gekommen sein (N. 6_2); so: RG. IV 25. Sept. 94 E. 26 81, Oppenh.-D. N. 12; aM. Geyer HH. 4 155 f.

8) Die Aufforderung und das Erbieten müssen „zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen" geschehen; daß das „Verbrechen" wörtlich o. ausdrücklich bezeichnet sei, wird nicht erfordert, vielmehr genügt es, daß in bewußter u. für den anderen erkennbaren Weise zur Begehung einer Tat aufgefordert werde, welche als ein Verbr. (N. 9) o. als Teiln. daran sich darstellt; RG. IV 9. Dez. 92 E. 23 352. Es kann jedoch so wenig wie bei der Beihilfe (§ 49 N. 14) das Bewußtsein, daß zu einem Verbr. oder auch nur zu einer straſb. Hdlg. aufgefordert werde, zum Tatbestande gehören (was RG. II 31. Jan. 90 E. 20 198 unentschieden läßt); vielmehr genügt das Bewußtsein von der Normwidrigkeit der Hdlg., zu der aufgefordert ꝛc. wird, und zwar sowohl auf seiten des Auffordernden oder Erbietenden als auch des Annehmenden; so: Meves S. 332, Frank N. v 1 u. ZStrW. 12 284 (auch das zit. RG. E. 20 198 gelangt zur Anwendung des § 49a trotz Unkenntnis des Auffordernden von dem Verbrechenscharakter der Beih. z. Abtreibung, weil der Auffordernde in unentschuldbarem Rechtsirrt. über Inhalt u. Umfang des Strafgeſ. sich befunden habe; vgl. § 59 N. 30, 31 a α). In der Natur dieser straſb. Hdlg. ist aber begründet, daß Verbr., deren Tatbestand durch den Eintritt eines nicht beabsichtigten Erfolges hergestellt wird, wie z. B. das Verbr. aus § 224, Gegenstand des Verg. aus § 49a nicht sein können, da das Auffordern und Erbieten nicht anders als zu

Digitized by Google

einem vorsätzl. Verbrechen geschehen können, und hier nicht, wie bei der Anstiftg. (§ 48 N. 17b), der durch die Hdlg. erzielte Erfolg in Betracht kommt; Meves S. 334, Haeger aO. S. 330.

Ob die Ausführung des Verbr., zu dessen Begehung o. zur Teilnahme an dem aufgefordert wird, bedingt ist, erscheint gleichgültig, wenn nur der verbrecherische Entschluß des Auffordernden unbedingt in einer den Voraussetzungen des § 49a entsprechenden Weise geäußert worden ist; RG. II 13. Nov. 94 E. 26 199.

9) Was ein Verbrechen sei, bestimmt sich vom Standpunkte des Aufgeforderten, der allein entscheidend sein kann; RG. FS. 29. Aug. 99 E. 32 267; darnach ist die Aufforderung zur gemeinschaftl. Ausführung eines nur auf seiten des Auffordernden als Verbr. sich darstellenden einf. Diebst. nicht strafbar; RG. I 23. Sept. 01 G. 48 366; noch weniger die Aufforderung des Vaters an seine noch nicht 18 J. alte Tochter zur Verübung gemeinschaftl. Blutschande (§ 173 Abs. 1 u. 4 N. 5); RG. I 9. Jan. 04 G. 51 177. Der Verbrechensbegriff bestimmt sich nach MStGB. § 1_1 sowie nach MStGB. § 1_1; so in letzterer Beziehung: RG. II 1. Apr. 87 E. 15 396, Hecker Militärstrafr. S. 86, G. 30 140 u. Abhdlgen S. 78, F. Koppmann Teiln. an milit. Del. S. 64 u. jetzt auch Oppenh.-D. N. 9. Wenn die Tat, zu der aufgefordert wird, im Auslande begangen werden soll, so ist trotzdem nach deutschem Recht zu entscheiden, ob es um ein Verbr. sich handelt; so RG. III 4. Jan. 04 E. 37 45; aM. Oppenh.-D. N. 10. Gleichgültig ist, ob die Hdlg. lediglich wegen persönl. Eigenschaften und Verhältnisse des Aufgeforderten, z. B. wegen dessen Rückfälligkt. oder Beamteneigenschaft, als Verbr. sich charakterisiert (zit. RG. E. 32 267); von Anwendung des § 50 kann keine Rede sein, und zwar sowohl weil er nur von Personen spricht, die zum Täter im Verhältnis als Teilnehmer stehen, was hier nicht zutrifft (N. 2), als auch weil die Aufforderung zum Verbr. das Verg. aus § 49a erst begründet und nicht etwa nur straferhöhend wirkt (§ 50 N. 2a, 6_3); aM. Meves S. 334. Jene Umstände sind dagegen dem Auffordernden nicht zuzurechnen, wenn er sie nicht kannte; zit. RG. E. 32 267, Meves S. 334, Oppenh.-D. N. 9.

Da übrigens der Versuch eines Verbr. regelmäßig, nach GM. durchweg (§ 1 N. 8a), selbst wiederum Verbr. ist, so fällt auch die Aufforderung zu einer Hdlg., die aus irgend einem Grunde nicht zur Vollendung gelangen kann und deshalb nur den Versuch eines Verbr. darstellt, objektiv unter den Begriff eines Verbrechens (worauf übrigens nach dem o. N. 5a, 6 Bemerkten nichts ankommt); so RG. II 11. Juli 84 N. 6 535 betr. der Aufforderung zur Beth. zum Verbr. der Abtreibg. (§ 218), das wegen fehlender Schwangerschaft nach der Auffassung des RG. (§ 43 N. 21) als Versuch strafbar sein würde. Vgl. aber RG. I 21. Juni 00 E. 33 321, das in einem Falle, wo zur Ausführung eines Mordes mittels Hilfe des Teufels oder von Sympathiemitteln aufgefordert war, das Vorliegen einer Aufforderung zu einem Verbrechen, trotz Festhltg. am subjekt. Standpunkte (§ 43 N. 13), verneinte.

Die Aufforderung zur Teilnahme an einem Verbr. ist, auch wenn letztere ausnahmsweise (§ 1 N. 8a) nicht als Verbr. sich darstellen sollte, trotzdem stets nach § 49a strafbar. Diese Alternative liegt übrigens auch dann vor, wenn das Verbr. von dem Auffordernden selbst, als Täter, begangen werden sollte; zit. RG. N. 6 535.

Dagegen ist die Aufforderung zur Begehung des Verg. des § 49a als solche nicht strafbar, da letzteres nach dem N. 2 Bemerkten nicht „Teilnahme an einem Verbr." ist; Rubo N. 3, v. Schwarze N. 4. Wohl aber kann die „Aufforderung", wenn sie Erfolg hat, als Anstiftg. strafbar sein (N. 18).

10) Aus dem N. 6 Gesagten folgt, daß derjenige, an den das Auffordern oder Erbieten sich richtet, zurechnungsfähig sein muß; so v. Liszt S. 568; aM. Rüd.-St. N. 8. Deshalb kann eine strafb. Aufforderung nicht an einen Geisteskranken (§ 51) oder an ein Kind gerichtet werden, dem die Fähigkeit, die Normwidrigkeit seiner Hdlg. zu erkennen, fehlt, wohl aber an ein solches Kind, dem diese Fähigkeit beiwohnt, mag es auch nicht strafbar sein (§§ 55 N. 6, 56 N. 8); denn wie das StGB. häufig auch da, wo die Bestrafung des Täters ausgeschlossen ist (vgl. T. I Abschn. 3 N. 6 sowie §§ 47 N. 2, 48 N. 2), des allg. Ausdrucks „strafbare Handlung" dennoch sich bedient, so bildet auch die Straf-

Digitized by Google

barkeit des Täters ebensowenig die Voraussetzung für den Begriff des „Verbr."; so: Oppenh.-D. N. 9, Rubo N. 7; aM. H. Meyer S. 224 N. 28 btr. der Strafunmündigen u. Nichtvollstrafmündigen.

Ebensowenig ist der Annehmende strafbar, wenn das Auffordern oder Erbieten von einem Unzurechnungsfähigen ausgegangen ist; v. Liszt S. 568.

Zu § 49a Absatz 3. N. 11—17.

11) Eine Einschränkung erfährt der Tatbestand der Abs. 1 u. 2 durch Abs. 3, indem das „lediglich mündlich ausgedrückte" Auffordern o. Erbieten bzw. Annehmen eines solchen nur dann bestraft werden soll, wenn das Auffordern oder Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft worden ist. Bereits in zweiter Beratung war auf den Antrag Klöppel-Marquardsen als positives Erfordernis aufgestellt, daß die Aufforderung „schriftlich oder unter der Gewährung oder dem Versprechen von Vorteilen" geschehen müsse; statt dessen wurde in dritter Beratung auf den Antrag Marquardsen die zum Gesetz erhobene an Art. I Abs. 3 des belgischen Gesetzes sich anlehnende Fassung beschlossen. Der Abs. 3 sollte nach der Absicht des Antragstellers (StB. 1875/76 S. 1353) dazu dienen, „durch die Forderung gewisser Garantien für den Beweis, böswilligen Denunziationen und leeren Klatschereien einen Damm entgegenzusetzen".

Es fragt sich zunächst, was unter einem „lediglich mündlich ausgedrückten" Auffordern 2c. zu verstehen sei. Die Abänderung der Fassung zweiter Beratung wurde vorgeschlagen, um — wie der Antragsteller bemerkte — „das so viel angefochtene Wort „schriftlich" zu entfernen". Da der Antragsteller ferner ausführte (StB. 1875/76 S. 1352), daß sein Vorschlag nur eine redaktionelle Umgestaltung des Beschlusses zweiter Beratung sei, so darf angenommen werden, daß das „lediglich mündlich ausgedrückte" Auffordern den Gegensatz zur schriftlichen Aufforderung bilden sollte. Dementsprechend, und zwar um so mehr als die wörtliche Auslegung zu dem widersinnigen Ergebnis führt, daß eine lediglich durch Kopfnicken ausgedrückte Aufforderung strafbar sein würde, ist auch das Gesetz dahin zu verstehen, daß das Auffordern, welches ausschließlich durch Worte oder durch diesen gleichstehende, ihrer Natur nach vorübergehende Zeichen ausgedrückt ist, nur unter der weiteren im Abs. 3 bezeichneten Voraussetzung zu bestrafen ist, während die, sei es allein durch Schrift oder bleibende Zeichen (z. B. ein Telegramm), sei es in Verbindung mit solchen ausgedrückte Aufforderung stets strafbar ist (vgl. § 301). So im wesentlichen RG. II 12. Nov. 80 E. 3 30, H. Meyer S. 243, Frank N. VI 1, Oppenh.-D. N. 12, Rüb.-St. N. 11, Oetker GS. 64 114 N. 1, noch weiter gehend v. Liszt S. 568 (jedes auf irgendeine Weise verstärkte Auffordern 2c., das die Ernstlichkeit des Entschlusses unzweifelhaft erkennen lasse, sei strafbar; s. u. N. 14). AM.: Geyer HH. 4 157 u. HRl. „Auffdg. z. Verbr.", Hälschner 1 411, Schütze Anh. S. 10, Meves S. 339.

Eine die Anwendung des §. ermöglichende Schriftlichkeit der Aufforderung kann auch angenommen werden, wenn sie in einem die falsche Unterschrift eines anderen tragenden Schriftstück erfolgte; RG. I 29. Jan. 03 E. 36 228 (mit der weiteren Ausführung, zur Feststllg. der Bedeutung eines solchen Schriftstücks könnten mündliche Äußerungen des mittels seiner Übergabe Auffordernden herangezogen werden).

12) Selbstverständlich ist auch im letzteren Falle die Strafbarkeit nur beim Vorliegen der oben bemerkten Bedingungen, namentl. also der Ernstlichkeit der Aufforderung (N. 6), begründet. Eine schiefe Auffassung ist es aber, wenn Hälschner 1 411 u. Meves S. 340 von einer durch Abs. 3 hergestellten „Vermutung" für die Ernstlichkeit des Willens sprechen, deren Gegenbeweis dem Täter obliege; der Beweis der Ernstlichkeit ist diesem vielmehr stets zu führen; Schütze Anh. S. 10, Oppenh.-D. N. 14, Rüb.-St. N. 4, v. Schwarze N. 6.

Das Gesetz verlangt für die Strafbarkeit das Verbundensein der Aufforderung 2c. mit der Gewährung eine Vorteils (N. 13 ff.), damit an der Ernstlichkeit der Absicht kein Zweifel bestehe. Daraus ergibt sich, daß es bezüglich des Nachweises für die Ernstlichkeit einer Aufforderung 2c. von Wichtigkeit sein kann, ob der in Aussicht gestellte Vorteil nach den konkreten Verhältnissen geeignet war, auf den Willen des Aufgeforderten einzuwirken oder nicht; RG. I 2. Jan. 82 E. 6 2. Letzteres hängt wieder zum Teil von der Realisierbarkeit des Vorteils ab; allein es ist durch jenes gesetzliche Erfordernis keineswegs gesagt, daß

Digitized by Google

die Absicht nur unter der Bedingung der Realisierung o. Realisierbarkeit des Vorteils für eine ernstliche gehalten werden dürfe; RG. I 24. März 87 E. 15 359. Vgl. auch Simonson Vorteil S. 7 f.

13) Das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern o. Erbieten in dem eben erläuterten Sinne ist strafbar, wenn „die Aufforderung oder das Erbieten" an die „Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft" (N. 16) worden ist. Aber auch die — gleichviel wie, also z. B. schriftlich, erfolgende — „Annahme" eines solchens Aufforderns oder Erbietens ist nur unter derselben Voraussetzung strafbar; Oppenh.-D. N. 12, v. Schwarze SächsGZ. 21 19, Simonson Vorteil S. 5.

14) Das „lediglich mündlich" bedeutet „nur mündlich", ist aber nicht dahin aufzufassen, daß eine mündliche Aufforderung strafbar werde, wenn irgend etwas hinzuträte; deshalb ist die mündliche Aufforderung namentl. auch dann nicht strafbar, wenn sie mit der Verabreichung der Mittel der Ausführung des Verbr. verbunden gewesen ist; so RG. II 12. Nov. 80, III 24. Jan. 84, E. 3 30, 6 45; aM. v. Liszt S. 568 N. 10. Anders kann es aber liegen, wenn bei der Aufforderung zur Begehung eines Verbr. aus § 219, das tatbestandlich die Gewährung eines „Entgelts" erfordert, eine Belohnung in Aussicht gestellt wird, falls nämlich hierin im konkreten Falle auch ein Gewähren von Vorteilen i. S. des § 49a zu finden ist; RG. IV 22. Nov. 95 E. 28 23.

15) „Vorteile irgendwelcher Art" sind unbedenklich im Gegensatze zu den im StGB. sonst häufig erforderten „Vermögensvorteilen" zu verstehen; die ausdrückliche Hinzufügung der Worte „irgendwelcher Art" läßt eine andere Deutung nicht zu, als daß auch die Gewährung von solchen Vorteilen, welche nicht Vermögensvorteile sind, geeignet seien, die Strafbarkeit zu begründen. Es ist demnach wesentlich Sache tatsächlicher Beurteilung, ob die Gewährung von „Vorteilen irgendwelcher Art" stattgehabt hat; im übrigen vgl. noch N. 16_2. So: Geyer HH. 4 159 u. HRl. „Auffdg. z. Verbr.", v. Liszt S. 567, Merkel S. 151, Frank N. VI 1, Meves S. 340, Oppenh.-D. N. 13, Simonson Vorteil S. 6, ferner RG. I 24. März 87 E. 15 359 (Versprechen, Aufgeforderter solle nach der Tat ein besseres Leben haben, namentl. nicht mehr so früh morgens seine Arbeit beginnen), FS. 27. Aug. 91 E. 22 94, indirekt auch III 5. Nov. 83 E. 9 166, das den durch Beischlafsgestattung angestrebten sinnlichen Genuß sogar als „Vorteil" i. S. des § 332 erachtete. Immer aber muß es um etwas sich handeln, wodurch die Lage des anderen als eine vorteilhaftere erscheint, als sie ohnedies, d. h. ohne die Begehung des Verbr., sein würde; zit. RG. E. 22 94 (deshalb nicht als Vorteil zu erachten das Versprechen, für das Nichtentdecktwerden sorgen bzw. zur Flucht behilflich sein zu wollen).

Daß der „Vorteil" geeignet sei, den Willen des Aufgeforderten zu beeinflussen, oder daß er auch nur in den Glauben versetzt worden sein müsse, der Vorteil werde ihm wirklich zuteil werden, ist kein Tatbestandsmerkmal (s. jedoch N. 12_3); RG. I 2. Jan. 82, 24. März 87, E. 6 2, 15 539, Simonson Vorteil S. 8.

Selbst ein geringfügiges, mit der Schwere des zu verübenden Verbr. außer allem Verhältnis stehendes „Darangeld" fällt unter den Begriff der Gewährung von Vorteilen; so: RG. I 23. Feb. 82 E. 6 67, Simonson aO. S. 9; aM. Meves S. 340.

Dagegen ist die Gewährung der Mittel zur Ausführung des Verbr., z. B. die Einhändigung von falschem Gelde behufs Verausgabung, kein Gewähren von „Vorteilen"; N. 14.

16) Die Aufforderung ꝛc. ist „an die Gewährung von Vorteilen" auch dann „geknüpft", wenn solche nur in Aussicht gestellt oder versprochen sind, mag auch der Versprechende nicht gesonnen sein, sein Versprechen zu halten, oder sogar das Bewußtsein besessen haben, die Erfüllung desselben sei unmöglich; es ist dieses aus dem Wortlaute zu folgern und findet seine Bestätigung insofern auch in der Entstehungsgeschichte, als die folgende Fassung zweiter Lesung „unter Gewährung oder dem Versprechen von Vorteilen" lediglich aus redaktionellen Gründen in die jetzige Fassung abgeändert wurde (N. 11). Der Ausdruck bezeichnet also nicht das Darbieten einer objektiven Sicherheit dafür, daß der versprochene Vorteil demnächst auch realisiert werden werde. So: RG. I 25. Nov. 80, 24. März 87, III 24. Jan. 84, E. 3 63, 15 359, 10 3, Dresden 9. Okt. 76 St.

Digitized by Google

7 9, H. Meyer S. 243, Meves S. 340. Die „Aufforderung" ist übrigens an die Gewährung von Vorteilen geknüpft, wenn der Auffordernde solche gibt o. verspricht, das „Erbieten" dagegen auch — und namentl. — dann, wenn der sich Erbietende solche für sich verlangt; RG. III 21. Jan. 95 E. 26 420, Meves S. 339, Simonson Vorteil S. 6.

Genügt hiernach das bloße Versprechen von Vorteilen, so folgt daraus i. V. mit dem N. 15 über den Begriff des Vorteils Ausgeführten, daß auch ein seinem Gegenstande o. Betrage nach unbestimmter Vorteil (z. B. „etwas dafür zu geben") in Aussicht gestellt, ja daß selbst die Person, der er gewährt werden soll, unbestimmt sein kann; RG. III 2. Juli 80 N. 2 153, I 2. Jan. 82, 24. März 87, E. 6 2, 15 359, IV 18. Feb. 98 G. 46 134.

17) Handelt es sich um eine Aufforderung zur Begehung o. Mitbegehung eines Verbr., so ist diese nicht an die Gewährung von Vorteilen geknüpft, wenn lediglich das Partizipieren an dem aus dem Verbr. zu ziehenden Gewinne in Aussicht gestellt wird, da dieser Vorteil nicht vom Auffordernden „gewährt", sondern ev. vom Aufgeforderten und zur Tat Schreitenden selbst errungen sein würde; der hier in Betracht kommende Vorteil muß eine selbständige, von der Verbrechensverübung unabhängige Natur haben; RG. III 24. Jan. 84 (btr. das Versprechen, dem Aufgeforderten gegen Barzahlung von 300 M. falsches Geld im Betrage von 200 Tlr. behufs beliebiger Verausgabung einzuhändigen), JS. 27. Aug. 91, 29. Aug. 99, E. 10 3, 22 94, 32 267, Merkel S. 151, v. Schwarze Sächs.-Z. 21 19, Simonson Vorteil S. 10, letzterer jedoch nur für den Fall der Alleintäterschaft. Anders dagegen, wenn einem zur Beihilfe an einem Verbr. Aufgeforderten Teilnahme am Verbrechensgewinn versprochen wird, da letzterer an sich dem Täter zufällt; Oppenh.-D. N. 13, Simonson aO. Desgl. fällt die — mündliche — Aufforderung, gegen Belohnung eine Urkfälschg. zu begehen, unter § 49a, weil die in Rücksicht auf eine in Aussicht gestellte Belohnung begangene Urkfälschg. ein nach § 268 (das. N. 2$_3$) zu bestrafendes Verbr. ist, in diesem Falle aber der Gewinn, der dem Aufgeforderten durch Begehung des Verbr. zufallen würde, aus dem Vermögen des Auffordernden stammt. Bei solcher Sachlage ist das Auffordern selbst an die Gewährung eines Vorteils geknüpft.

Versuch u. Teilnahme; Konkurrenz; Strafe; Verjährung; Zuständigkeit. N. 18—24.

18) Der Versuch ist nicht für strafbar erklärt und deshalb straflos (§ 43$_2$), da § 49a nur den Tatbestand eines Verg. enthält; N. 21.

Teilnahme am Verg. aus § 49a, namentl. Anstiftung (§ 48) und Beihilfe (§ 49) dazu, sind denkbar; so: RG. II 5. Jan. 94 G. 42 25 (speziell btr. § 48), Geyer HH. 4 160, v. Liszt S. 568, H. Meyer S. 244 N. 30, Rüd.-St. N. 15, v. Schwarze N. 4, 10.

19) Für das Verhältnis des § 49a zu anderen strafb. Hdlgen kommt zunächst die Bedeutung der der Strafandrohung im Abs. 1 beigefügten Beschränkung „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht" in Betracht (wegen Idealkonk. s. N. 20). Wenn v. Schwarze N. 10 A. 9 diese Worte für überflüssig erachtet und selbst der Abg. Marquardsen, auf dessen Antrag sie gegen den Beschluß der 2. Beratung wieder hergestellt wurden, sie „für nicht absolut notwendig, sondern nur dem Sprachgebrauch des StGB. entsprechend" erklärte, so würde diese Auffassung nur dann richtig gewesen sein, falls unter „Gesetz" lediglich das StGB. selbst zu verstehen wäre; denn da § 49a einen Teil des StGB. bildet, so gehen selbstverständlich die in dem StGB. enthaltenen Spezialbestimmungen (vgl. §§ 85, 111, 159) derjenigen des § 49a vor; vgl. auch Binding Hb. 1 356, der § 49a den §§ 85, 110—112, 159 subsidiär erachtet. Allein der Ausdruck das „Gesetz" ist nicht gleichbedeutend mit das „StGB."; denn letzteres wird als „dieses Straf-Gesetz" bezeichnet (§ 8 N. 1); man wird „das Gesetz" auch nicht mit den „Strafgesetzen des DR." identifizieren können, welche regelmäßig als solche bezeichnet werden (§§ 3 N. 17, 4 N. 2). Es ist vielmehr der Ausdruck, wie im § 50, in seiner allg. Bedeutung als gesetzliche Bestimmung zu verstehen, so daß die Strafsatzung des § 49a keine Anwendung findet, soweit ein R.- o. Landesstrafges. — letzteres auf dem ihm überlassenen Gebiet (v. Liszt S. 568) — eine andere Strafe für die Aufforderung 2c. zur Begehung eines Verbr. (wegen Verg. u. Übertr. vgl. N. 3) androht. Hierdurch ist das Prin-

Digitized by Google

zip des EG. § 2 dem § 49a gegenüber wesentlich verändert, weil ein jedes Gesetz, das die Aufforderung oder das Erbieten zur Begehung eines Verbr. bzw. die Annahme eines solchen allgemein oder unter gewissen Voraussetzungen mit Strafe bedroht, dem § 49a vorgeht. So: RG. I 3. Dez. 83 E. 9 261, Finger 1 351, Meves S. 336, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 3, Voigt G. 28 230, während Frank N. II den subsidiären Charakter des § 49a noch weiter ausdehnt (es könne mit keinem anderen Delikt Idealkonkurrenz stattfinden; s. u. N. 20). Dabei ist übrigens gleichgültig, ob das speziellere Gesetz eine schwerere oder eine leichtere Strafe androht; H. Meyer S. 244.

Das Prinzip des EG. § 2 kommt jedoch dem § 49a gegenüber soweit zur Geltung, als etwaige landesgesetzliche Vorschriften, nach denen das Auffordern ꝛc. zur Begehung eines Verbr. straflos zu lassen, ungültig sind.

20) Während Idealkonk. (§ 73) des Verg. aus § 49a mit den in N. 19 bezeichneten spezielleren Delikten — insbs. auch mit der Anstiftg. selbst — ausgeschlossen ist, da hier nur eine sog. Gesetzeskonk. (§ 73 N. 12) vorliegt, so ist jene mit der Bestechg. aus § 333 wohl denkbar, da es dort um die Aufforderung zu einem Verbr., hier um die zur Verletzung einer Amts- o. Dienstpflicht sich handelt. So in beiden Beziehungen: RG. I 3. März 81, 3. Dez. 83, 26. Feb. 85, E. 3 390, 9 261, 12 54, Oppenh.-D. N. 2 u. 333 N. 10, Rüd.-St. N. 3. AM.: Binding Hb. 1 356 N. 4, Geyer 2 194, Hälschner 2 1046, Frank N. II u. § 333 N. IV, Alcalay Bestechung (Diss. Preßburg 1889) S. 58, Reiffel GS. 42 187 ff., Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 69 N. 1, der § 49a sei auch dem § 333 subsidiär, soweit der Bestechende den Beamten zu einer Verletzung seiner Amtspflicht auffordere, welche als Verbr. o. Teilnahme an einem solchen sich darstelle.

Ein Zusammentreffen — und zwar je nach Umständen ein ideales (§ 73) o. reales (§ 74) — kann stattfinden zwischen der strafb. Aufforderung aus § 49a und der Beihilfe zu dem btr. Verbr. selbst, dann nämlich, wenn jene an einen bereits zur Tat Entschlossenen sich richtete (somit Anstiftg. ausgeschlossen war); H. Meyer S. 244 N. 30, Oppenh.-D. N. 16. Ebenso kann der ein Erbieten Annehmende als Gehilfe sich beteiligen. AM. Binding Hb. 1 361, es sei § 49a subsidiär gegenüber allen Formen der Teiln., indem er nur dem Nicht-Teilnehmer gelte; daraus sei wohl die verfehlte Aufnahme in den Abschn. 3 zu erklären.

21) Die Strafe ist nach Abs. 1 sowie nach Abs. 2 stets eine Vergehensstrafe (§ 1_2); denn je nachdem das Verbr., zu dem aufgefordert ꝛc. wird, mit dem Tode bzw. lebenslängl. Zuchth., oder mit einer geringeren Strafe, d. h. zeitigem Zuchth. bzw. lebenslängl. Festungsh. bzw. Festungsh. von mehr als fünf J., bedroht ist, ist die angedrohte Strafe Gefängnis nicht unter drei Mt. (bis zu fünf Jahren) oder Gefängnis bzw. Festungsh. (von einem Tage) bis zu zwei J.

Mit der im Abs. 2 gebrauchten Wendung „Die gleiche Strafe trifft", welche so oder ähnlich häufiger wiederkehrt (vgl. §§ $130a_2$, 154_1, 316_2, 318_2, 320_2, 353_2, $353a_2$, 363_2 bzw. 142_2, 302_2, 302c, 302e, 348_2 bzw. § 329_2, sowie §§ 116_2, 122_2, endlich auch § 158 „gleiche Strafermäßigung tritt ein"), soll lediglich dasselbe gesagt werden, was an anderen Stellen korrekter durch: dieselbe „Strafvorschrift" o. „Strafbestimmung tritt ein ꝛc." (vgl. z. B. §§ 113_3, 143_2, 218_3 bzw. 147) ausgedrückt wird. Im § 113_3 wurde durch die StGN. die richtigere Fassung ausdrücklich an Stelle der früheren weniger genauen gewählt.

Nebenstr. können nach Abs. 4 nur neben Gefängnis erkannt werden, hierneben aber:

a. BbEN. bzw. UnfzB. öffentl. Ämter nach Maßgabe der §§ 32—36;

b. ZulvPolAuff. nach Maßgabe der §§ 38, 39 (vgl. insbs. § 38 N. 5, 6).

22) Strafloſigkeit kann auch im Falle des § 49a durch einen Notstand i. S. des § 54 begründet werden; RG. IV 3. Juli 03 E. 36 334.

23) Die Verjährung der Strafverfolgung tritt in fünf Jahren ein; § 67_3. Nach Abs. 2 das. beginnt sie mit dem Tage, an dem die Aufforderung, das Erbieten bzw. ihre Annahme zur Vollendung kamen (vgl. o. N. 6_2, 7_4).

24) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

Digitized by Google

§. 50.

Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Theilnehmer (Mitthäter, Anstifter, Gehülfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 41 Abs. 3, II § 48.

1) Den „persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen" desjenigen, der eine durch das Gesetz mit Strafe bedrohte Hdlg. begangen hat, kommt eine besondere strafrechtliche Bedeutung zu. Es fragt sich zunächst, was unter jenen zu verstehen sei (vgl. auch die von der herrschenden Auffassung wesentlich abweichende Schrift: Krug, Die besonderen Umstände der Teilnahme; 1899).

„Persönliche Eigenschaften" sind „die Beschaffenheiten des Wesens eines Menschen", „persönliche Verhältnisse" aber „die Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder zu irgendeinem Dinge"; Rubo N. 2, 3. Es folgt hieraus, daß den persönl. Eigenschaften der Begriff des Dauernden beiwohnt; andererseits liegt es in der Natur der Sache, da der Mensch seine Eigenschaften im Laufe der Zeit ändern kann, daß die Dauer keine unbegrenzte zu sein braucht; RG. II 20. Mai 81 E. 4 184 (so btr. der Eigenschaften des jugendl. Alters, der Rückfälligkt. mit Rücksicht auf die sog. Rückfallsverjhrg., der Gewerbsmäßgkt.). Dagegen erfordern die persönl. Verhältnisse begrifflich nicht das Moment des Dauernden; so kann z. B. das Verhältnis als Beamter ein nur „vorläufiges" sein (§ 359).

2) Die strafrechtliche Bedeutung persönl. Eigenschaften oder Verhältnisse des eine mit Strafe bedrohte Hdlg. Begehenden ist die, daß sie die Strafbarkeit

a. entweder begründen oder ausschließen,

b. oder „erhöhen oder vermindern" können.

Im ersteren Falle wirken jene Eigenschaften ꝛc. konstitutiv, im letzteren als „besondere Tatumstände" i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 „straferhöhend und strafvermindernd" (nach der Ausdrucksweise von Berner § 139 „strafschärfend oder strafmildernd"). Es bezieht sich nun die Ausnahmevorschrift des § 50 lediglich auf den Fall zu b, somit nicht:

a) Auf den Fall zu a. Hier greifen lediglich die allg. Grundsätze über Teiln. (§§ 47 bis 49) Platz; so btr. der strafbegründenden Umst.: RG. I 29. Apr. 86, II 19. Juni 91, (dieses btr. § 181), III 5. Apr. 94 (btr. RStGB. § 97), IV 10. März 03 (btr. Art. 3 der RPostnovelle v. 20. Dezember 1899), E. 14 102, 22 51, 25 234, 36 148 (154). Aber auch btr. der strafausschließenden Umst. gilt in Wahrheit nichts anderes; allerdings nimmt das zit. RG. E. 14 102 an, aus der Natur der Sache ergebe sich, daß das, was im § 50 btr. der straferhöh. u. strafvermind. Umst. anerkannt sei, um so mehr btr. der strafausschl. Umst. gelten müsse. Allein dieser Schluß a minore ad majus ist deshalb unrichtig, weil es um eine Ausnahmevorschrift sich handelt; mit demselben Rechte würde die Vorschrift des § 50 auf die strafbegründ. Umst. auszudehnen sein. Jene Entsch. fügt auch dem Satze, daß die strafausschl. Umst. jedem Beteiligten persönlich zugute kommen, die bedeutsame Beschränkung bei, „sofern nicht durch das Vorhandensein eines Strafausschließungsgrundes in der Person der Tatbestand des btr. Straffalles derartig beeinflußt wird, daß überhaupt keine strafb. Hdlg. mehr vorhanden ist". Wie dieses nicht aus § 50, sondern aus den allg. Grundsätzen über Teiln. folgt, so auch die Berücksichtigung der straufausschl. Umst. ausschließlich bei dem btr. Beteiligten, bei welchem sie vorliegen, sobald nur eine strafb. Hauptat in dem T. I Abschn. 3 N. 6 erläuterten S. begangen ist; denn völlig zutreffend führt das zit. RG. aus, daß eine einen Strafausschließungsgrund aufstellende Vorschrift, wie z. B. § 257$_2$, weder eine Strafnorm, noch einen strafrechtl. Tatbestand enthalte, derartig, daß für den btr. Teilnehmer, bei welchem der strafausschl. Umst. nicht vorliege, kein anderes Strafges. maßgebend sei als das an sich auf den Täter Anwendung

Digitized by Google

findende; das entspricht aber eben den allg. Grundsätzen über die Bestrafung des Teilnehmers; vgl. §§ 47 N. 25a, 48 N. 29₁, 49 N. 26.

β) Auf den Fall der „mildernden Umstände" im allg. (E. I Abschn. 4 N. 13 ff., StPO. § 297); Borchert Teiln. S. 36. Ob diese mild. Umst. im Einzelfalle „wegen persönl. Eigenschaften oder Verhältnisse" des Täters bewilligt werden, steht dahin; keinesfalls aber ist es im Gesetze zum Ausdruck gelangt, daß mild. Umst. wegen jener anzunehmen seien (§ 48 N. 30); aM.: Berlin 1. Feb. 78 St. 8 74, Oppenh.-D. N. 5. Wenn dennoch die Frage wegen mild. Umst. für jeden Täter bzw. Teilnehmer selbständig zu beantworten ist und namentl. die Bestrafung des Anstifters oder Gehilfen nicht danach sich richten kann, ob dem Täter mild. Umst. zugebilligt werden oder nicht, so findet dieses seine Begründung darin, daß das auf die Hdlg. anzuwendende Strafgesetz sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Strafsatzung umfaßt, daß aber die Wahl der letzteren — durch die Annahme mild. Umst. — lediglich unter die Strafzumessung fällt (vgl. StPO. § 297₂). Richtig ist allerdings, daß der dem § 50 zugrunde liegende Gedanke namentl. auch da Anwendung finden wird, wo lediglich für die Strafzumessung persönl. Strafminderungs- u. -mehrungsgründe (i. S. von Berner § 138) in Betracht kommen; Binding Grundr. S. 140. Innerhalb der Strafzumessung gilt das Prinzip des § 50 aber auch für den obigen Fall zu a; H. Meyer S. 229 N. 44, die Vorschrift trage danach die Natur eines Kompromisses. Darüber, ob § 50 in dem besonderen Falle des § 213 Anwendung finde, vgl. das. N. 4.

3) Nur den Fall, daß das Gesetz „die Strafbarkeit einer Handlung" nach den persönl. Eigenschaften 2c. des die strafb. Hdlg. Begehenden erhöht oder vermindert, hat § 50 im Auge, nicht also überhaupt jeden Fall, wo die Strafbarkeit des Handelnden nach seinen persönl. Eigenschaften 2c. sich erhöht oder vermindert. Es ist in der Tat selbstverständlich, daß solche höchstpersönl. Eigenschaften des Handelnden, welche — wie das jugendl. Alter (§ 57) u. die Rückfälligkt. — den rechtl. Charakter der Hdlg. selbst ganz unberührt lassen (weshalb Ortmann G. 22 390 sie als „subjektiv-persönl." von dem „objektiv-persönl." unterscheidet), nur zum Vorteil oder Nachteil desjenigen Verbrechers wirken können, bei dem sie vorliegen, nicht aber zu dem irgendeines Teilnehmers. Demnach bezieht § 50 auf diese höchstpersönl. Eigenschaften 2c. sich nicht, eine Auffassung, welche auch durch die Motive bestätigt wird. So Herzog StR. 12 221 (allerdings gerade wieder hinsichtlich der Rückfälligkt. nach S. 225 aM.) und dem sich anschließend Hälschner I 439 N. 1, ferner: Berner S. 171, Schütze S. 147 N. 12 (jedoch auch mit Zweifel hinsichtl. der Rückfälligkt.) sowie H. Meyer S. 229 (btr. Jugendlichkt. u. Rückfälligkt.) u. Frank N. II (btr. Rückfälligkt. freilich mit dem Bemerken, man werde § 50 analog anwenden müssen). Die GM. rechnet jedoch auch diese höchstpersönl. Eigenschaften zu den im § 50 gemeinten; so insbs. die Rückfälligkeit: RG. I 23. Sept. 80, 9. Jan. 93, II 20. Mai 81, E. 2 261, 23 378, 4 184, Dresden 17. Apr. 71, Berlin 11. Dez. 72, 3. Dez. 73, St. 1 21, 2 188, 3 346, während umgekehrt Binding Grundr. S. 140 den § 50 auf die Rückfälligkeit, weil sie keine „besondere" persönl. Eigenschaft sei (N. 1), nicht anwenden will.

4) Im StGB. selbst kommen — abgesehen von den in N. 3 hervorgehobenen Eigenschaften des jugendl. Alters (§ 57) und der Rückfälligkt. (§§ 244, 250⁵, 261, 264, 362₂) — folgende persönl. Eigenschaften o. Verhältnisse (N. 1) des eine strafb. Hdlg. Begehenden in Betracht:

I. als straferhöhend:

a. das Verhältnis des Täters zum Kaiser, zum eigenen Landesherrn bzw. zum Landesherrn des Aufenthaltsortes; §§ 80, 94—97;

b. das Verhältnis des Täters zum Bundesfürsten; §§ 98—101;

c. das Verhältnis der Kinder zu den Eltern; §§ 215, 223₂;

d. das Verhältnis der Eltern zu den Kindern; § 221₂;

e. das Verhältnis als Beamter; §§ 339₂, 340—342, 347, 348₂, 349—351, 354, 357; Berlin 21. Feb. 72 St. 1 210;

f. die Eigenschaft des gewerbs- o. gewohnheitsmäßigen Handelns (§ 260 N. 4), insbs.

Digitized by Google

beim Hehlen u. Jagen, bsgl. beim Kreditwucher (§ 302d, nicht aber beim Sachwucher § 302e); so RG. BStS. 18. Apr. 94 E. 25 266, und früher schon: RG. das N. 1 zit. E. 4 184, I 9. Jan. 93 E. 23 378, IV 6. Dez. 87 N. 9 708 (letzteres nur btr. der Gewohnheitsmäßgkt.); aM. Binding Grundr. S. 140, während Frank N. II auch hier analoge Anwendung des § 50 will;

II. als strafvermindernd:

a. das Verhältnis des Zeugen oder Sachverständigen zu einem B. o. B.; § 157[1]; RG. FS. 10. Aug. 81 E. 4 377, Berlin 15. Sept. 75 St. 5 299;

b. bsgl. zu der Person, zu deren Gunsten die falsche Aussage gemacht ist; § 157[2];

c. das Verhältnis des Meineidigen 2c. zu den Folgen des Verbr.; § 158;

d. das Verhältnis der Mutter zum außerehelichen Kinde; § 217; RG. III 8. Mai 80 E. 2 153, Berlin 8. Sept. 75 St. 5 257.

5a) Das Vorhandensein oder Fehlen der Überlegung beim Tötungsverbr. (§§ 211, 212) ist, weil seiner Natur nach nicht dauernd (N. 1), keine persönl. Eigenschaft des Täters, weshalb Anstiftg. u. Beih. zum Morde — die Kenntnis der Überlegung vorausgesetzt — stets aus § 211, die zum Totschlage stets aus § 212 zu bestrafen ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Anstiftende o. Gehilfe mit oder ohne Überlegung handelte. So: RG. III 2. März 81 N. 3 93 (indirekt), Berlin 8. Sept. 75 St. 5 257, Binding Grundr. S. 140 u. Lb. 1 28, Geyer HH. 4 162, Merkel S. 307 u. HM. „Mord", Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 4, sowie Frank § 211 N. II (i. F. der Begehung der Tat mit Überlegung diese jedoch dem Anstifter u. Gehilfen dann zur Last legend, wenn sie darum wußten). AM.: Berner S. 288, 516 (der freilich von Verschiedenheiten des Vorsatzes spricht und übrigens die Berücksichtigung des Momentes der Überlegung bei jedem einzelnen Teilnehmer nicht auf Grund des § 50, sondern aus allg. Prinzipien fordert; vgl. o. N. 3), Finger 1 363, Hälschner 1 439 N. 1, H. Meyer S. 229 (ähnlich wie Berner, nur noch weiter gehend; s. u. b), v. Liszt S. 234, Ortmann G. 22 392 (s. o. N. 1).

b) Ebensowenig ist das im Strafgesetze nur ausnahmsweise berücksichtigte Motiv eine persönl. Eigenschaft; ob der Anstifter o. Gehilfe von demselben Motiv geleitet wurde, ist gleichgültig; das auf den Täter anzuwendende Strafgesetz ist auch für sie maßgebend. Vgl. § 48 N. 14[3].

Gleichmäßig verhält es sich mit dem Vorsatz, insofern er auf den Erfolg der Hdlg. gerichtet ist („Absicht" i. w. S.); hier ist für den Teilnehmer das gegen den Täter gerichtete Strafgesetz maßgebend, gleichgültig ob er auch in derselben „Absicht" wie der Täter handelte oder nicht (§ 48 N. 14[1]). So auch Berner S. 516.

6) Diejenigen „besonderen Tatumstände", welche § 50 nach obigem, insbs. nach N. 4, im Auge hat, sollen — der Entw. I sagte ausdrücklich „nur" — „dem Täter oder demjenigen Teilnehmer, bei welchem sie vorliegen", zugerechnet werden. Binding Grundr. S. 140 f. hebt mit Recht hervor, daß das Gesetz die straferhöh. o. -verminb. Umst. immer nur nach den persönl. Eigenschaften des Täters i. e. S. aufstelle; da nun aber § 50 gerade auch auf Anstifter u. Gehilfen Anwendung finden solle, so ergebe sich aus ihm der ungesetzte Rechtssatz: „Wo das Gesetz die Strafbarkeit einer Hdlg. nach besonderen persönl. Eigenschaften des Täters erhöht oder vermindert, soll eine entsprechende Straferhöhung oder -Verminderung bei dem Anstifter und dem Gehilfen eintreten, wenn in deren Person die gleichen Eigenschaften vorliegen, und zwar auch dann, wenn diese Eigenschaften beim Täter fehlen". Dieser — durch Analogie gewonnene — Satz steht in unangefochtener Geltung (N. 8b, c).

Weil übrigens § 50 nur von dem „Täter" und den „Teilnehmern" (§§ 47—49) spricht, so kann von Anwendung desselben auf den Fall des § 49a (das. N. 9) so wenig die Rede sein wie auf den Fall der Begünstigg. (§ 257 N. 7).

7) Das „Zurechnen" der besonderen Tatumstände bezeichnet hier, wo es um bloße Strafbarkeitsmerkmale sich handelt, im Grunde nichts anderes, als deren Berücksichtigung bei der Bestrafung, und ist deshalb inkorrekt gebraucht (Binding Grundr. S. 139), da

Digitized by Google

der Ausdruck „Zurechnung" in seiner eigentlichen Bedeutung von der Zurechnung zur Schuld zu verstehen ist; T. I Abschn. 4 N. 5.

8) Durch die Vorschrift des § 50 wird, soweit es nicht um strafbegründende persönl. Eigenschaften 2c. sich handelt (N. 2a), infolge Aufstellung einer Ausnahme von den Grundsätzen über Teiln. die Absicht der Motive erreicht, „daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen sich gestaltet, bestraft werde". Danach werden z. B. bestraft:

a. wegen einer in Mittätersch. verübten Tötung des außerehel. Kindes der einen Mittäterin diese aus § 217, der fremde Mitt. aus §§ 211 o. 212; RG. III 8. Mai 80 E. 2 153;

b. der fremde Anstifter oder Gehilfe zum Kindesmorde aus §§ 211 o. 212 i. V. mit §§ 48 o. 49; RG. III 2. März 81 N. 3 93, Berlin 8. Sept. 75 St. 5 257;

c. die außereheliche Mutter, welche zur Tötung ihres Kindes anstiftet oder Beihilfe leistet, aus § 217 i. V. mit §§ 48 o. 49; zit. RG. E. 2 153.

Vierter Abschnitt.

Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern.

Strafb. Hdlgen mit und ohne subjektive Verschuldung; Schuldarten; Schuldausschließungsgründe N. 1—10.

1) Jede mit Strafe bedrohte Handlung, d. h. gewollte Bewirkung einer Veränderung in der Außenwelt, ist Zuwiderhandlung gegen eine Norm und somit eine rechtswidrige Hdlg., jede Norm aber ist eine Regel mit Ausnahmen; Binding Hb. 1 174. Gestattet ein geschriebenes oder ungeschriebenes Recht eine Handlung gegen die Norm oder verpflichtet es gar zu einer solchen Hdlg., dann entbehrt diese der Rechtswidrigkeit und ist folglich nicht strafbar. Das Recht kann nicht mit sich selbst in Widerspruch treten und das strafen, was es selbst billigt oder anordnet. Die objektive Rechtswidrigkeit (Widerrechtlichkeit) ist somit notwendiges Erfordernis jeder strafb. Hdlg. So die GM., insbs. RG. II 8. Nov. 81, 24. Juni, IV 5. Apr., II, III 18. Juni 87, E. 5 151, 16 150, 15, 165; vgl. aber andererseits III 1. Feb. 92 E. 39 425. Das gilt auch für die sog. reinen Polizeidelikte; RG. II 24. Apr. 01 E. 48 301 (btr. § 366 9).

Hieraus folgt ohne weiteres die Straflosigkeit des delictum putativum (sog. Wahndeliktes), welches vorliegt, wenn jemand irrigerweise annimmt, daß seine Hdlg. entweder der Norm als Regel widerstreite oder unter eine Ausnahme von der Norm nicht falle. Straflos ist übrigens auch, obschon aus anderem Grunde, das von Binding Hb. 1 692 N. 4 (ebenso Baumgarten Versuch S. 358) vom Wahndelikt noch unterschiedene Wahnverbrechen, von dem man bei irrtümlicher Annahme der Strafbarkeit eines wahren Deliktes (z. B. der nicht gewohnheitsmäßigen u. nicht eigennützigen Kuppelei; § 180 N. 1) sprechen kann.

Vom untauglichen Versuch (§ 43 N. 18 ff.) unterscheidet das Putativdelikt sich durch die Natur des vom Täter erstrebten Erfolges; während er bei jenem einen Erfolg will, der in abstracto ein rechtsverletzender ist, ist der von dem ein Putativdelikt ausführenden Täter erstrebte Erfolg weder in concreto, noch in abstracto ein rechtsverletzender. Der vom Begeher eines untaugl. Versuchs angestrebte Erfolg ist vom Gesetzgeber unter Strafe gestellt, der vom Begeher eines Putativdelikts gewollte ist im Strafgesetz überhaupt nicht verzeichnet; Klee Wille u. Erfolg S. 23. Vgl. auch: Kriegsmann Wahnverbr. u. untaugl. Vers. sowie Kohn Untaugl. Vers. u. Wahnverbr., beide Breslau 1904.

2) Nicht so unbestritten ist es, ob das heutige Strafrecht strafb. Hdlgen ohne Schuld kennt, d. h. also, ob lediglich an das Vorliegen eines objektiven Tatbestandes Strafe geknüpft wird. Allerdings ist das StGB. selbst durchweg bei allen Tatbeständen von der Annahme einer Willensschuld (§ 59 N. 16) ausgegangen, wenn auch — von den objektiven Voraussetzungen (Bedingungen) der Strafbarkeit o. Strafverfolgung bzw. den objektiven Strafausschließungsgründen abgesehen — nicht immer der ganze Tatbestand auf subjektiver Verschuldung des Täters zu beruhen braucht (N. 3 a). Dennoch aber ist anzu-

Digitized by Google

nehmen, daß auch das moderne Strafrecht, namentl. auf dem Gebiete der Zoll- u. Steuergesetzgebung, noch Strafandrohungen gegen sog. rein objektives Unrecht enthalte und somit sog. bloße Formaldelikte aufstelle. So insbs.: Hälschner I 258, v. Liszt S. 162, Birkmeyer Ursachenbegr. S. 53. AM.: Binding Hb. I 310 u. Normen 2 616, Lucas Subj. Verschldg. S. 134.

3) Als Schuldarten kennt das moderne Strafrecht nur Vorsatz (§ 59 N. 16) und Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17), keine dritte Schuldform (vgl. jedoch § 316 N. 5, 7, sowie RG. I 12. Apr. 94 E. 24 290, das bei Zuwiderhdlgen gg. d. PostG. „weder dolus noch Fahrlässigkt. in der juristisch-technischen Bedeutung", sondern nur „einfaches Verschulden" verlangt). Manche Delikte erfordern aber eine aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzte Schuld.

Außerdem gibt es aber eine ganze Reihe im übrigen entweder vorsätzlicher (§§ 118, 178, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307[1], 312, 315, 321$_2$, 322, 323, 324, 327, 328, 340$_2$, auch 206) oder fahrlässiger (§§ 309, 314, 316, 326) strafb. Hdlgen, welche einen lediglich objektiven Erfolg, insbs. schwere Körperverletzung o. Tötung, erfordern, ohne daß in Beziehung auf diesen auch nur Fahrlässigkeit seitens des Täters vorzuliegen braucht. Während das StGB., wo es eine „vorsätzliche" Verursachung meint, das entsprechende Zeitwort, ev. unter Hinzufügung von „vorsätzlich" oder einem synonymen Adverbium gebraucht, wo es „fahrlässige" Verursachung erfordert, dies ausdrücklich ausspricht, bedient es sich hier lediglich der den objektiv vorliegenden ursächlichen Zusammenhang (E. I Abschn. 3 N. 2) bezeichnenden Ausdrücke „verursachen durch" (so fast durchgängig) oder „zur Folge haben" (so im § 224 u. ähnlich in den §§ 327, 328). So die überwiegende M. (vgl. die einzelnen §§.), während Berner S. 122, Binding Hb. I 366 u. Lb. I 18, 28, 46, Hälschner I 327, 2 28, 819, Schütze S. 396 u. Baumgarten Versuch S. 375 in Beziehung auf den Erfolg Fahrlässigkeit des Täters verlangen. Eine Mittelmeinung vertritt Löning S. 30, indem er eine „unwiderlegliche Schuld-Präsumtion" annimmt, eine Ansicht, deren Richtigkeit Schmidt Präsumtionen S. 74 ff. mit Recht bestreitet; vgl. übrigens über diese Fälle Thomsen Versuch S. 3 ff. Wird aber auch hier eine schuldbare Herbeiführung des Erfolges seitens des Täters nicht erfordert, so scheidet doch damit der Erfolg nicht von der Handlung selbst aus; dagegen spricht der Umstand, daß ein nachweisbarer Kausalzusammenhang zwischen der Hdlg. des Täters und dem Erfolge vorliegen muß; Binding Hb. I 590, H. Meyer S. 296, Thomsen Versuch S. 23; vgl. auch v. Liszt S. 163 N. 8.

Anders dagegen in den Fällen der §§ 87$_2$ (N. 5), 154$_2$ (N. 12c), wo bloße Strafbarkeitsmerkmale aufgestellt sind, die zur Handlung nicht gehören; so: v. Liszt S. 193 (Bedingungen der Strafbarkeit i. e. S.), H. Meyer S. 296 f.; aM. Binding Hb. I 590, der auch diese Folgen zur Hdlg. rechnet.

4) Welche Schuldart ein Delikt erfordert, hat das Gesetz durch die Ausdrücke „vorsätzlich" (dem, wie allg. anerkannt wird, häufig „wissentlich" bzw. „absichtlich" gleichstehen, während in anderen Fällen „Wissen" und „Absicht" in spezifischer Bedeutung gebraucht sind) und „fahrlässig" nur bei einzelnen strafb. Hdlgen ausdrücklich hervorgehoben. Im übrigen ist es Sache der Auslegung, festzustellen, welche Schuldart das Strafgesetz habe treffen wollen; v. Liszt S. 185, v. Wächter S. 143.

Im Zweifelsfalle ist, wie die GM., insbs. RG. I 27. Mai 81, 25. Nov. 97, E. 4 233, 30 354, annimmt, nur die vorsätzliche Hdlg. mit Strafe bedroht zu erachten, umgekehrt also die fahrlässige Hdlg. straflos, wenn nicht deren Strafbarkeit aus dem Gesetz mit Sicherheit erweislich ist. Diese Regel kann jedoch Geltung nur beanspruchen im Gebiete des kriminellen Unrechts (§ 1 N. 1), während die bloßen Polizeidelikte (keineswegs aber, wie Berlin KG. 7. Juli 90, 19. Nov. 92, Jahrb. 11 300, 13 350 meint, alle „Übertretungen" als solche) die Eigentümlichkeit zeigen, daß unterschiedslos das vorsätzliche und das fahrlässige Handeln unter dieselbe Strafandrohung gestellt ist; vgl. Bruck Fahrlässigkeit S. 53. Es liegt ferner in der Natur der Gefährdungsdelikte, die wenn auch regelmäßig zu den kriminellen Delikten gerechnet, dennoch in Wahrheit den Übergang zu den polizeilichen Delikten bilden, daß bei ihnen jene Regel nur mit Vorsicht anzuwenden ist.

Digitized by Google

5) Bei der Aburteilung einer jeden strafb. Hdlg., deren Tatbestand subj. Verschuldung erfordert (N. 2), taucht die Frage der Zurechnung auf; denn diese, welche im allgemeinen die Beziehung einer Hdlg. auf eine Person in dem Verhältnis von Wirkung und Ursache bezeichnet, ist im eigentlichen strafrechtlichen S. die Beziehung der Hdlg. auf den schuldhaften Willen des Täters als Ursache; Lucas Subj. Verschuldg. S. 2. Voraussetzung der Zurechenbarkeit im konkreten Falle ist die Zurechnungsfähigkeit, d. h. die strafrechtl. Handlungsfähigkeit.

Nur im uneigentlichen S. spricht das StGB. auch von Zurechnung zur Bestrafung; vgl. §§ 50 N. 7, 59 N. 11. In diesem Sinne würde man sogar bei den strafb. Hdlgen, die eine subj. Schuld überhaupt nicht erfordern, von Zurechnung sprechen können; denn auch bei diesen kann ein bloß äußeres Tun, welches der Eigenschaft einer Handlung im Rechtssinne (N. 1) entbehrt, nicht zur Bestrafung führen oder — wenn man will — nicht zur Strafe zugerechnet werden.

6) Was die Frage betrifft, ob Subjekt einer strafb. Hdlg. nur eine physische Person oder auch eine Kollektivpersönlichkeit sein kann, so leitet Binding Hb. I 310 die absolute Unstatthaftigkeit jeder Bestrafung der sog. juristischen Personen daraus ab, daß Zurechnungsfähigkeit i. S. des § 51 die unabänderliche Voraussetzung jeder Bestrafung sei; es hängt dieses mit der Ansicht zusammen, daß der sog. objektive Tatbestand allein nie mit Strafe belegt werden dürfe (N. 2). Nimmt man aber an, daß auch noch das moderne Recht strafb. Hdlgen ohne subjektive Verschuldung kenne, so ist das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit nicht ausreichend, um die Strafbarkeit von Kollektivpersönlichkeiten unbedingt auszuschließen, da die strafbaren sog. objektiven Tatbestände keine Schuld und somit auch keine Zurechnungsfähigkeit des Täters verlangen. Dagegen erfordern auch diese Tatbestände Handlungen (N. 5_2) und demgemäß einen Willen (N. 1); diesen Willen aber können Kollektivpersönlichkeiten als solche nicht haben, sondern nur physische Personen (vgl. Bünger ZStrW. 8 573); folgeweise können auch nur diese Subjekte strafb. Hdlgen sein. So die GM., insbs.: RG. III 26. Mai 87 E. 16 121 (allerdings mit ähnlicher Begründung wie Binding: die Unmöglichkeit, daß eine Aktiengesellschaft o. eine juristische Person als solche eine strafb. Hdlg. begehe, beruhe darauf, daß derselben als einem fingierten Rechtssubjekte die natürliche Hdlgsfhgkt. und damit zugleich die strafrechtl. Verantwortlichkeit für die Hdlgen ihrer Organe abgehe), Berlin 30. Okt. 72, 14. Okt. 74, 12. Mai 75, 24. Juni 74, St. 2 69, 4 252, 5 3, O. 15 434; selbst v. Liszt S. 122, der im übrigen mit v. Kirchenheim GS. 37 421, 40 251 die Strafbarkeit von Personenmehrheiten für rechtlich möglich und empfehlenswert erachtet, erkennt an, daß nach geltendem Reichsrecht nur das Einzelindividuum Subjekt des Verbr. sein könne, während RG. I 8. Dez. 94 E. 26 300 annimmt, daß die Landesgesetzgebg. auf dem ihr nach EG. § 2_2 vorbehaltenen Gebiete die Bestrafung jurist. Personen vorsehen könne.

7) Von einer Zurechnung i. e. S. kann nach N. 5 nicht die Rede sein, wenn die Schuld des Täters zu verneinen ist. Ist aber auch die Schuld eines zurechnungsfähigen Täters und weiterhin die Zurechnung zu bejahen, so ergibt sich daraus dessen Strafbarkeit doch nur als regelmäßige, nicht als notwendige Folge. Das StGB. hat, einen praktischen Standpunkt einnehmend, im Abschn. 4, und zwar abschließend unter Regelung der Materie i. S. des EG. § 2_1, lediglich diejenigen Gründe behandelt, welche die Strafe ausschließen oder mildern. Nicht geregelt ist dagegen die Frage, wann die Schuld als ausgeschlossen angesehen werden muß; sie wird nur gestreift, insofern die Ausschließung der Strafe in manchen Fällen als Folge des Wegfalls der Schuld erscheint. In anderen beruht aber die Ausschließung der Strafe nicht auf dem Wegfall der Schuld, und insofern ist es richtig, daß die einzelnen Fälle des Abschn. 4 ihrer inneren Natur nach wesentlich voneinander verschieden sind (RG. III 16. Juni 84 E. 11 56). Die gesamten Bestimmungen des Abschn. durchzieht aber der Gedanke: wann wird die Strafe ausgeschlossen o. gemildert?

8) Sind auch im Abschn. 4 die Schuldausschließungsgründe als solche abschließend nicht geregelt, so ist damit keineswegs verneint, daß nicht in den einzelnen §§. dieses

Digitized by Google

Abschn. gewisse die Schuld betreffende Fragen als Materie i. S. des EG. § 2_2 geregelt worden seien (vgl. Binding Hb. 1 306). Keinesfalls aber ist der Kreis der die Schuld ausschließenden Gründe lediglich durch Abschn. 4 für bestimmt zu erachten, vielmehr hat hier — in Ermangelung ausreichender gesetzlicher Regelung — die Wissenschaft ergänzend einzugreifen. AM. namentl. RG. III 25. Sept., I 15. Nov. 80 (s. u. N. 10), E. 2 268, 442.

9) Als Schuldausschließungsgründe, die im Abschn. 4 auch nicht einmal insofern indirekt behandelt werden, als sie die Ursache für die Strafausschließung bilden, kommen namentl. die folgenden in Betracht, in denen die objektive Rechtswidrigkeit (N. 1) der Hdlg. entfällt:

a. Ausübung einer unter bestimmten Voraussetzungen jedermann (vgl. z. B. StPO. § 127) oder gewissen Personen (z. B. Verteidigern) gesetzlich zustehenden Befugnis, welche auch im Völkerrecht begründet sein kann (§ 3 N. 21);

b. Ausübung einer Amts- oder Dienstbefugnis bzw. -Pflicht;

c. Ausführung eines gesetzmäßigen (vgl. dagegen § 52 N. 12b) Befehls;

d. Ausübung eines staatlich anerkannten Berufes nach den im konkreten Falle gebotenen Regeln (vgl. auch § 54 N. 8);

e. Ausübung eines Erziehungs- o. Disziplinar- insbs. Züchtigungsrechtes;

f. Ausübung eines Notstandsrechtes bzw. erlaubter Selbsthilfe (§§ 53 N. 3, 54 N. $10_{2,3}$).

10) Während in den Fällen der N. 9 die objektive Rechtswidrigkeit der Hdlg. ausgeschlossen ist, weil das Recht die btr. Ausnahme von der Regel gestattet (N. 1), so ist in anderen Fällen die Rechtswidrigkeit der Hdlg. deshalb zu verneinen, weil sie nur scheinbar unter die Regel der Norm fällt, in Wahrheit aber die Hdlg. gar nicht gegen sie verstößt, so daß die Schuld- und Straffreiheit nicht erst aus einer besonders zu begründenden Ausnahme sich ergibt. Die hier in Betracht kommenden Fälle sind: die seitens des alleinigen Trägers eines Rechtsgutes selbst und die — unter der Voraussetzung des nötigen Verständnisses (RG. II 19. Feb. 97 E 29 398, III 19. Okt. 03 G. 51 44) — mit seiner Einwilligung seitens eines anderen vorgenommene Verletzung desselben, beides vorbehaltlich der positivrechtlich (vgl. einerseits § 142, andererseits § 216) getroffenen Ausnahmen. AM. RG. I 15. Nov. 80, III 22. Feb. 82, E. 2 442, 6 61, beide btr. Körperverletzgen (die Einwilligg. des Verletzten komme unter den Gründen, welche die Strafe ausschließen, nicht vor, im Gegenteil spreche die Tatsache, daß die Einwilligg. nur bei der Tötung berücksichtigt worden sei, dafür, daß ihr überall sonst eine rechtl. Wirkung nicht beigelegt werden sollte).

Die Strafausschließungs- und Milderungsgründe des Abschn. 4 N. 11, 12.

11) Materiell betrifft:

§ 51 einen Strafausschließungsgrund; ein Schuldausschließungsgrund kann zugleich vorliegen (das. N. 12);

§ 52 einen Strafausschließungsgrund, und zwar lediglich einen solchen im Falle der Drohung (das. N. 14), während im Falle der unwiderstehlichen Gewalt zugleich das Vorliegen einer Handlung im Rechtssinne zu verneinen ist (das. N. 3);

§ 53 (Notwehr btr.) einen Strafausschließungsgrund und zugleich wegen fehlender objektiver Rechtswidrigkeit der Hdlg. mit Notwendigkeit einen Schuldausschließungsgrund (das. N. 3);

§ 54 (Notstand btr.) lediglich einen Strafausschließungsgrund (das. N. 3);

§ 55 (Strafunmündige btr.) einen prozeßhindernden Umstand, als Folge des Nichtentstehens eines staatl. Strafanspruches; ein Schuldausschließungsgrund kann zugleich vorliegen (das. N. 5, 6);

§ 56 (Nicht-Vollstrafmündige btr.) einen Strafausschließungsgrund; ein Schuldausschließungsgrund kann zugleich vorliegen (das. N. 8);

§ 57 einen Strafmilderungsgrund (das. N. 1);

§ 58 (Taubstumme btr.) — wie § 56 — (das. N. 2);

Digitized by Google

§ 59 einen Strafausschließungs- und bzw. Strafmilderungsgrund, bei gleichzeitig vorliegender gänzlicher oder teilweiser Schuldausschließung (das. N. 14);

§ 60 einen Straf-, richtiger Strafvollstreckungs-Ausschließungsgrund (das. N. 5, 13);

§§ 61—65 (Strafantrag btr.) lediglich einen prozeßhindernden Umstand als Folge des Nichtentstehens eines staatl. Strafanspruches (§ 61 N. 1);

§§ 66—72 (Verjährung btr.) lediglich einen Straf- bzw. Strafvollstreckungs-Ausschließungsgrund, als Folge des Erlöschens des staatl. Strafanspruchs (§ 66 N. 4, 13).

12) Formell sehen vor:

a. §§ 51—54, 56, 58, 59 strafausschließende Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 266, nicht Strafaufhebungsgründe i. S. der StPO. § 295$_2$;

b. § 59 einen strafvermindernden Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295, während § 57 einen solchen Umstand nicht betrifft.

Dagegen handelt es sich in den §§ 55, 61—65, 66—69 um prozessuale Vorfragen, in den §§ 60 bzw. 66, 70—72 um Fragen der Strafvollstreckung.

Die allgemeinen mildernden Umstände. N. 13—18.

13) Die sog. „mildernden Umstände" werden im Abschn. 4 nicht erwähnt, insofern mit Recht, als es in der Tat um einen allgemeinen Strafmilderungsgrund, wie im Falle des § 57, sich nicht handelt, sie vielmehr nur bei einzelnen strafb. Hdlgen zugelassen sind, und zwar im StGB. selbst:

a. bei den Verbrechen aus §§ 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 94, 96, 98, 100, 102, 105, 106, 115$_2$, 116$_2$, 118, 125$_2$, 146, 147 (149), 171, 174, 176, 177, 179, 181^2, 213, 217, 218, 224, 226, 227$_2$, 239$_{1,3}$, 243, 244, 249, 250, 252, 255, 258^2, 261, 264, 265, 268 (269), 270, 272, 273, 308 (311), 332, 334$_2$, 340$_2$, 346, 347$_1$, 351;

b. bei den Vergehen aus §§ 113, 114, 117, 180, 187, 189, 223$_2$, 223a, 246, 263, 333, 340$_1$.

14) Sind die mild. Umst. auch nur speziell bei einzelnen V. o. V. (N. 13) zugelassen, so spricht man insofern doch andererseits von den allgemeinen mild. Umst., als es dabei „um das Vorhandensein tatsächlicher Verhältnisse sich handelt, die geeignet sind, im gegebenen Fall einen mildernden Einfluß auf die Ausmessung der Strafe zu üben, ohne daß das Gebiet derselben vom Gesetze irgendwie bestimmt oder begrenzt ist"; RG. III 19. Juni 80 N. 2 83. Das StGB. selbst enthält keine Vorschrift über das Wesen und die Bedeutung des Instituts der mild. Umst. (welches die Theorie fast durchweg — mit Ausnahme jedoch namentl. von Berner S. 286 u. H. Meyer S. 419 — verwirft). Dagegen läßt der Anhang IV (Mildernde Umstände) zum Entw. dahin sich aus, daß „der Gesetzgeber bei Aufstellung des Strafrahmens für die Bestrafung der einzelnen strafb. Hdlgen die erfahrungsmäßig gewöhnlich vorkommenden Fälle, deren Bedeutung für die durch sie verletzte Rechtsordnung und die gewöhnlich hierbei zutage tretende Verschuldung des Täters vor Augen haben müsse; er dürfe sich dabei aber nicht der Erwägung verschließen, daß auch solche Fälle vorkommen können, in denen selbst das niedrigste Maß der hiernach für zulässig erklärten Strafe noch immer eine zu strenge Ahndung der Tat enthalte"; demnächst heißt es weiter, daß „es sich somit als das einzig allgemein geeignete Mittel ergebe, die Strafvorschrift des Gesetzes der in einem besonderen Falle vorliegenden, geringeren Verschuldung des Täters, für welche selbst das niedrigste Maß des festgesetzten Strafrahmens eine noch zu schwere Ahndung enthalten würde, dadurch anzupassen, daß das Gesetz im voraus die Annahme mildernder Umstände gestatte". Hiernach nimmt die GM. mit Recht an, daß als mild. Umst. jede Tatsache in Betracht kommen kann, welche geeignet ist, die strafb. Hdlg. in einem derartig milden Licht erscheinen zu lassen, daß die Anwendung der „ordentlichen Strafe" nach Belegenheit des Falles zu hart sein würde. Demnach können mild. Umst. nicht bloß im Tatbestande der strafb. Hdlg. selbst, sondern auch in vorangehenden oder nachfolgenden Tatsachen gefunden werden, so daß im schwurgerichtl. Verfahren die Frage nicht etwa dahin beschränkt werden darf, ob bei Begehung

Digitized by Google

der Tat mild. Umst. vorgelegen haben; so die GR. (in Übereinstimmung mit Berlin Pl. 23. März 57 G. 5 229), insbs. RG. I 24. Feb. 90 E. 20 266.

15) Nach der obigen Auffassung über die mild. Umst., welche de lege lata namentl. Merkel HH. 2 570 teilt, kommt insbs. auch die Tatsache in Betracht, daß der konkrete Fall „die besonderen Merkmale der Verbrechensart nur in geringen Maßverhältnissen enthält", also z. B. die gestohlene Sache nur einen Wert von wenigen Pfennigen hatte; hieraus ergibt sich, daß für die Annahme mild. Umst. wesentlich auch bloße Strafzumessungsgründe ins Gewicht fallen und daß die Anwendung der „gemilderten Strafe" (so die Motive) keineswegs nur beim Vorliegen mildernder „Modalitäten der allgemeinen Verbrechensrequisite (insoweit dieselben nicht zu Merkmalen des besonderen Tatbestandes gemacht sind)" gerechtfertigt ist. Insofern erscheint die Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Strafe nicht durchaus zutreffend. Andererseits aber liegt die Rechtfertigung jener allgemein gebräuchlichen Unterscheidung in dem von den Motiven selbst (die zwischen „ordentlicher" und „gemilderter" Strafe unterscheiden) dargelegten Umstande, daß bei der Aufstellung des sog. ordentlichen Strafrahmens nur die „erfahrungsmäßig gewöhnlich vorkommenden Fälle" berücksichtigt seien, während der sog. außerordentliche Strafrahmen die „in einem besonderen Falle" vorliegende geringere Verschuldung treffen wolle.

16) In der Fassung des StGB. vor Erlaß der StGN. war die Anwendung der außerordentlichen Strafe für den Fall der Annahme mild. Umst. bei den Verbrechen (N. 13a) obligatorisch vorgeschrieben, bei den Vergehen (N. 13b) dagegen fakultativ nachgelassen. Diese Verschiedenheit war beabsichtigt (vgl. Rubo S. 116 u. Rüd.-St. S. 32) und beruhte auf dem prozessualen Grunde, daß bei den Verbrechen die Geschworenen die mild. Umst. feststellen und man deshalb den die Strafe festsetzenden Berufsrichter an den Ausspruch der letzteren binden wollte, während man bei den Vergehen eine solche Einschränkung nicht machte, weil hier bei der Identität des Richters ausgeschlossen sei, daß die Annahme mild. Umst. durch die Abmessung der Strafe entkräftet werde. Hiervon ist man bei Redaktion der StGN. insofern abgegangen, als in den Fällen, wo diese die Annahme mild. Umst. bei Vergehen einführte (§§ 113, 114, $117_{1,2}$, 228 i. V. mit §§ 223_2 u. 223a), die Anwendung der außerordentlichen Strafe durch die Wendung „tritt ein" gleichfalls obligatorisch vorgeschrieben ist.

17) Die Art und Weise der Abgrenzung des milderen außerordentlichen Strafrahmens gegenüber dem ordentlichen ist bei den einzelnen Delikten sehr verschieden. In manchen Fällen ist lediglich eine andere Strafart bestimmt, so bei den Verbrechen häufig Gefängnis statt Zuchthaus (vgl. z. B. §§ 243, 244) oder bei Vergehen in den Fällen der §§ 189, 246, 263, 303 Geldstrafe statt Gefängnis.

In allen denjenigen Fällen aber, wo der ordentliche und der außerordentliche Strafrahmen dieselbe Strafart androhen, entspricht dies nur dann dem Wesen der mild. Umst., wenn der außerordentliche Strafrahmen mit seinem Höchstbetrage da einsetzt, wo der ordentliche mit seinem Mindestbetrage abschließt; denn man wird mild. Umst. nur dann als vorhanden annehmen, wenn die Anwendung des ordentlichen Strafrahmens zu hart erscheint (N. 14, 16). In dieser Weise ist aber die Abgrenzung im StGB. nicht geschehen; so kann nicht nur bei dem Vergehen aus § 187 trotz Annahme mild. Umst. auf Gefängnisstrafe über einen Monat erkannt werden, sondern es kann selbst in den Verbrechensfällen, obschon die Anwendung des außerordentlichen Strafrahmens obligatorisch vorgeschrieben ist (N. 16), dennoch beim Vorhandensein mild. Umst. eine Strafe festgesetzt werden, die auch im Falle der Verneinung mild. Umst. zulässig sein würde; so darf z. B. im Falle des $§ 83_2$ auf Festungsh. von fünf und mehr J. erkannt werden. Nicht mit Unrecht bezeichnet es aber Rüd.-St. S. 33 als „sinnlos", wenn gar noch ein den Mindestbetrag der ordentlichen Strafe übersteigender Höchstbetrag ausdrücklich festgesetzt ist; solches ist aber in allen Fällen geschehen, in denen die StGN. mild. Umst. bei Vergehen zugelassen hat (N. 16), in den Fällen der §§ 113, 223_2, 223a wenigstens noch unter gleichzeitiger Zulassung einer anderen Strafart, in den Fällen der §§ 114, $117_{1,2}$, lediglich

Digitized by Google

unter Herabsetzung des Mindest- u. des Höchstbetrages derselben Strafart. Trotzdem wird auch in diesen Fällen die Annahme mild. Umst. nur dann ihrem Wesen entsprechen, wenn der Richter entweder die andere Strafart wählen oder unter den Mindestbetrag der angedrohten ordentlichen Strafe hinuntergehen will, also z. B. im Falle des § 113 auf Geldstr. oder auf eine Gefängnisstr. von weniger als 14 Tagen erkennt.

18) Im einzelnen ist zu vergleichen:

a. über den Einfluß mild. Umst. auf die Qualifikation einer strafb. Hdlg. § 1 N. 7a;

b. über die Nebenstrafe des VbER., falls Gefängnis wegen mild. Umst. an Stelle von Zuchthaus ausgesprochen wird, § 32 N. 6b;

c. über die Annahme mild. Umst. beim Täter und Anstifter § 48 N. 30;

d. über die Nichtanwendbarkeit des § 50 auf den Fall mild. Umst. das. N. 2β;

e. über die Annahme mild. Umst. bei jugendl. Personen § 57 N. 3;

f. über mild. Umst. im Falle einer Idealkonkurrenz § 73 N. 28.

§. 51.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.

PrStGB. § 40. Entw. I § 46, II § 49. StB. S. 233, 1147.

Anl. 3 z. d. Motiven: Erörterung strafrechtl. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin No. I u. II (Zurechnungsfähigkeit, geminderte Zurechnungsfähigkeit).

Zu §§ 51, 52. Entstehungsgeschichte. N. 1.

1) Der § 40 PrStGB. lautete:

„Ein V. o. V. ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Tat wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder durch Drohungen ausgeschlossen war."

An dessen Stelle trat im Entw. I lediglich § 46:

„Eine Handlung ist als V. o. V. nicht zu betrachten, wenn die freie Willensbestimmung des Täters zur Zeit der Tat ausgeschlossen war."

Die PrWissenschaftl. Deput. f. Medizinalwesen hatte in dem von ihr erforderten Gutachten unter Nr. 1 „Zurechnungsfähigkeit" (vgl. Anl. 3 z. d. Mot.) zwar das Kriterium der Aufhebung der freien Willensbestimmung im allgemeinen als brauchbar anerkannt, dennoch aber gegen die allgemeine Fassung des §. verschiedene Bedenken erhoben, insbesondere dahin, daß jener Begriff seitens ungeübter Gerichtsärzte eine namentlich in foro ganz unstatthafte Auffassung erleiden und leicht schon durch jede Leidenschaft, jeden Affekt u. dergl. als ausgeschlossen angesehen werden könne. Nachdem später die Ansicht der Wissenschaftl. Deputation von mehreren Seiten geteilt worden war, namentl. von dem Kgl. Sächs. L.Mediz.Kolleg., welches einerseits zwar auch die Freiheit der Willensbestimmung als oberstes Prinzip der Zurechnungsfähigkeit anerkannte, andererseits aber den Bedenken über die Gefahren der beabsichtigten Allgemeinheit der Fassung beitrat, wurden an die Stelle des § 46 Entw. I die §§ 49, 50 Entw. II gesetzt, deren Inhalt den §§ 51, 52 StGB. entspricht, nur daß auf Grund eines Gutachtens der medizinischen Fakultät zu Leipzig der Schlußsatz des § 49 (jetzt 51) dahin lautete: „durch welchen seine freie Willensbestimmung in Beziehung auf die Handlung ausgeschlossen war". Nach den Motiven wurde der Ausdruck dieser speziellen Beziehung auf die vorliegende Tat aufgenommen, „weil dadurch unmittelbar nur ausgesprochen werde, daß der Beweis des Ausschlusses der freien Willensbestimmung nur in Beziehung auf die dem Täter zur Last gelegte Tat zu erbringen sei, nicht aber der Beweis dafür zu fordern sei, daß die freie Willensbestimmung nach allen Richtungen hin ausgeschlossen sei." Gerade aber der Umstand, daß die Fassung des Entw. II dazu führen könne, Zurechnungsfähigkeit auch bei Geisteskrankheit alsdann anzunehmen, wenn in bezug auf die spezielle Tat die fehlende Freiheit der Willensbe-

Digitized by Google

stimmung nicht nachzuweisen sei, veranlaßte in dritter Beratung des RT. auf den Antrag v. Saltzwedells die Streichung jener fünf Worte.

Der § 47 Entw. I, welcher wegen der durch Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung hervorgerufenen verminderten Zurechnungsfähigkeit die Versuchsstrafe einführen wollte, war bereits im Entw. II fallen gelassen.

Angelehnt an den § 51 hat sich S. 1 des § 827 BGB. (vgl. über die Abweichung v. Liszt Deliktsobligationen S. 47 ff.). Auch § 104[2] sowie § 105, das. schließen sich an § 51 an.

Zu § 51. N. 2—17. Ausschluß der freien Willensbestimmung des Täters zur Zeit der Tat. N. 2—6.

2) Indem § 51 ganz allgemein eine strafb. Hdlg. als nicht vorhanden erklärt, wenn „der Täter" zur Zeit der Begehung der Hdlg. in einem näher bezeichneten Zustande sich befunden hat, kann nicht zweifelhaft sein, daß hier das Wort „Täter" nicht im techn. S., sondern in seiner weitesten Bedeutung gebraucht ist, so daß darunter ein jeder zu verstehen ist, der überhaupt eine Hdlg. begangen hat, die — objektiv — als eine strafbare sich darstellt, also namentl. auch der Teilnehmer (N. 12 sowie T. I Abschn. 3 N. 7). So die GM.

3) Da § 51 über das Nichtvorhandensein einer strafb. Hdlg. infolge Ausschlusses der freien Willensbestimmung des Täters sich verhält, so kann unter der „Begehung der Handlung", wie im § 2 (das. N. 1), nur die vom Täter ausgehende Willensbetätigung (nicht also ein objektiver Umst., wie z. B. Zahlungseinstellg. bei den Konkursdel.; RG. III 26. März 00 G. 47 170), übrigens ohne Rücksicht auf den Eintritt der Wirkung oder des Erfolges, verstanden werden; Rubo N. 3.

„Handlung" ist i. w. S. auch als Unterlassung zu verstehen; § 1 N. 3. Erklärt übrigens das Gesetz eine strafb. Hdlg. als nicht vorhanden, wenn „zur Zeit der Begehung der Hdlg." die freie Willensbestimmung des Täters ausgeschlossen war, so ist daraus doch nicht zu folgern, daß schon der Ausschluß der freien Willensbestimmung während irgend eines Zeitmomentes der Willensbetätigung geeignet sei, das Vorhandensein einer strafb. Hdlg. unbedingt zu beseitigen; wenn der Täter in demjenigen Zeitpunkte, in dem er die abschließende Willensbetätigung vornahm, mit freier Willensbestimmung handelte, so kann es nicht darauf ankommen, daß bei anderen Akten seiner — auf dieselbe strafb. Hdlg. bezüglichen — Willensbetätigung seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war; denn er hat die Resultate dieser unfreien Willensbetätigung durch den abschließenden Akt freier Willensbetätigung genehmigt und die durch seine frühere unfreie Tätigkeit gleichsam nur objektiv geschaffenen Voraussetzungen akzeptiert, so daß sie nunmehr, als mit seiner freien Willensbestimmung einen Teil des Verbrechenstatbestandes bildend, ihm auch zuzurechnen sind.

4) Die Anwendung des § 51 hat zur Voraussetzung, daß der Täter zur Zeit der Begehung der Hdlg. „in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war", sich befunden habe. Der Relativsatz bezieht sich grammatikalisch sowohl auf „den Zustand von Bewußtlosigkeit" als auch auf „die krankhafte Störung der Geistestätigkeit"; so die GM. Die Ausschließung der freien Willensbestimmung ist somit die Voraussetzung der Strafl osigkeit der Handlung.

5) Durch den Gebrauch des Ausdruckes „freie Willensbestimmung" hat — nach den Motiven — im StGB. dem „allgemein menschlichen Urteile Ausdruck" gegeben werden sollen, „daß der gereifte und geistig gesunde Mensch ausreichende Willenskraft habe, um die Antriebe zu strafb. Hdlgen niederzuhalten und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein gemäß zu handeln", sowie daß „hierauf das Recht des Staates, den Verbr. zu strafen", beruhe. Somit stellt das Gesetz unter den verschiedenen Voraussetzungen der „Zurechnungsfähigkeit" die Freiheit der Willensbestimmung, die hier nicht mehr bedeutet, als die regelmäßige Bestimmbarkeit durch Vorstellungen, als das Entscheidende hin; v. Liszt S. 163, 169. Für die Begriffsbestimmung ist übrigens — nach dem Gutachten der PrWissenschaftl. Deput. — der Nachdruck auf das Wort „frei" zu legen. Die freie Willensbestimmung ist daher einerseits schon durch die geistige Unfreiheit im allgemeinen als ausgeschlossen zu erachten; deshalb ist der freien Willensbestimmung nicht das zwangsmäßige Handeln in

Digitized by Google

dem Sinne gegenüberzustellen, daß in Beziehung auf eine bestimmte Tat die Frage aufgeworfen werden darf, ob der Täter so habe handeln müssen, wie er gehandelt habe. Andererseits genügt es zur Anwendung des § 51, wenn die freie Willensbestimmung nur zu der speziellen, objektiv strafbaren, Hdlg. durch einen der dort näher bezeichneten Zustände ausgeschlossen war; RG. I 16. Jan. 82 E. 5 338 (btr. § 167).

6) Die freie Willensbestimmung muß durch einen Zustand der näher bezeichneten Art „ausgeschlossen" sein; eine bloße Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung — sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit — reicht nicht aus, die Hdlg. zu einer „nicht-strafbaren" zu machen, ja sie bildet nach dem N. 1 vorl. Abs. Bemerkten nicht einmal einen strafvermind. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295, sondern nur einen Strafzumessungsgrund.

Zustände von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit. N. 7—11.

7) Zur Feststellung dessen, was unter einem „Zustande von Bewußtlosigkeit" zu verstehen sei, dient einmal dessen nähere Bestimmung durch den Relativsatz (N. 4), dann der Gegensatz zu einem „Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit".

a) Daraus, daß auf seiten des Täters ein solcher Zustand von Bewußtlosigkeit, „durch welchen seine freie Willensbestimmung (z. B. der Tat) ausgeschlossen war" (vgl. BGB. §§ 104, 827) gefordert wird, erhellt, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „Bewußtlosigkeit" nicht im e. S. als völlige Abwesenheit des Bewußtseins, sondern vielmehr in dem weiteren als Störung des Bewußtseins und zwar genauer als eine die Willensfreiheit in Beziehung auf die in Rede stehende konkrete Tat aufhebende Bewußtseinsstörung verstanden hat; so die GM., insbs. RG. I 16. Jan. 82 E. 5 338, III 29. Jan. 94 G. 42 45. Wenn nun auch ein derartiger Geisteszustand zweifellos beim Mangel jedes Bewußtseins — insbs. des Selbstbewußtseins und des Bewußtseins der Außenwelt — ebenfalls vorliegt, so kann doch dahingestellt bleiben, ob das Gesetz überhaupt an solche Zustände gedacht hat, oder ob nicht, wie z. B. Berner S. 88, v. Schwarze GS. 33 437 u. Schwartzer Bewußtlosigkeitszust. S. 9 annehmen, in solchen Fällen der Begriff einer „Handlung" völlig ausgeschlossen ist, und nur von einer Reflex-Tätigkeit des gänzlich Bewußtlosen gesprochen werden kann.

b) Aus dem Gegensatze zu den „Zuständen krankhafter Störung der Geistestätigkeit" folgt, daß unter den Zuständen von Bewußtlosigkeit vorübergehende abnorme, jedoch nicht krankhafte, körperliche Zustände, wie insbs. die Trunkenheit und die Affekte, als Schrecken, Angst oder Furcht, sowie die sog. Schlaf- oder Traumzustände (Schlaftrunkenheit, Somnambulismus, Hypnose) zu verstehen sind, insofern sie eine vorübergehende Störung der Willensfreiheit mit sich bringen; vgl. die Gutachten der PrWissenschaftl. Deput. und des KglSächsLMediz.Kolleg. (letzteres in den Motiven selbst mitgeteilt) sowie Schwartzer aO. S. 22 ff. u. btr. der Schlaftrunkenheit insbs. RG. I 23. Okt. 93 G. 41 393. Alle diese Zustände müssen, damit das Nichtvorhandensein einer strafb. Hdlg. angenommen werden kann, in einem Grade vorhanden sein, wodurch die freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird (a), was namentl. bei der Trunkenheit und den Affekten zu beachten ist; andererseits nimmt die GM., insbs. das zit. RG. G. 42 45, an, daß Unzurechnungsfähigkeit auf Grund von Trunkenheit nicht erst mit der sog. Sinnlosigkeit beginne.

8) Unter „Zuständen krankhafter Störung der Geistestätigkeit" (§ 65$_2$) sind nicht nur die eigentlichen Geisteskrankheiten, sondern auch solche die Geistestätigkeit nur indirekt beeinträchtigende körperliche Krankheitszustände zu verstehen, welche, wie Fieberdelirien, Vergiftungszustände infolge mancher Narkotika, die Zustände nach einem epileptischen Anfalle sowie diejenigen der Gebärenden und Neuentbundenen, ohne Zwang unter die Geisteskrankheiten nicht subsumiert werden können; gerade mit Rücksicht hierauf ist, ausweislich der Motive, die von der PrWissenschaftl. Deput. angenommene und von der Leipziger mediz. Fakultät empfohlene Bezeichnung „krankhafte Störung der Geistestätigkeit" in den Entw. aufgenommen worden; dieser Ausdruck ist daher umfassender als „Geisteskrankheit" i. S. der §§ 65, 176^3, 224; RG. I 30. Nov. 82 E. 7 425.

Digitized by Google

Unter „krankhafter Störung der Geistestätigkeit" ist ferner die „angeborene Geistesschwäche und mangelhafte geistige Entwickelung" (sog. angeborener Blödsinn) mitzuverstehen, obgleich hier genau genommen weniger eine „Störung" als eine „Hemmung" der Geistestätigkeit vorliegt; Geyer I 103. Allein die PrWissenschaftl.Deput. wählte jene Bezeichnung mit deshalb, weil der Ausdruck „Geistesstörung" schwer auf solche Fälle sich beziehen lasse. Unter Umständen wird auch ein gewisser Zustand der Altersschwäche (Altersblödsinn) hierher zu rechnen sein; Finger I 223.

Notwendig muß die Störung der Geistestätigkeit den Grad erreichen, daß dadurch die freie Willensbestimmung ausgeschlossen wurde (N. 4); denn es gibt unzählige zurechnungsfähige Menschen, deren körperlicher Zustand irgendwie krankhaft ist und irgendwelchen störenden Einfluß auf die Geistestätigkeit ausübt; Hälschner I 214. Das gilt sowohl für die Fälle der wirklichen Geisteskrankheiten als auch bei den nur vorübergehenden krankhaften Störungen, wie z. B. Fieberdelirien. Übrigens kann es nach der Entstehungsgeschichte (N. 1) nicht zweifelhaft sein, daß der gesetzgeberischen Absicht gemäß die freie Willensbestimmung beim Vorliegen einer *Geisteskrankheit* (anders N. 7a) unbedingt als ausgeschlossen anzunehmen ist. Trotzdem würde die Feststellung von „Geisteskrankheit" im schwurgerichtl. Verfahren für die Anwendung des § 51 nicht genügen; sie muß vielmehr den Gesetzesworten entsprechend getroffen werden.

9) Beide im § 51 erwähnten Zustände können im konkreten Falle bei einer und derselben Person zusammentreffen; Berlin 5. Jan. 72 O. 13 12.

10) Die Frage, ob auch *andere Geisteszustände* des Täters als die im § 51 bezeichneten diesen in der Wirkung gleichgestellt werden können, ist zu verneinen; so RG. II 14. Dez. 86 E. 15 97 btr. des sog. „moralischen Irreseins" (ebenso: Merkel S. 58, Finger I 222, Frank N. II 2, wenn nicht der Mangel aus *krankhafter* Störung zu erklären sei), ferner RG. IV 11. Mai 94 G. 42 135 btr. Trunkenheit, die nicht in Bewußtlosigkeit ausgeartet sei. Nach der Entstehungsgeschichte (N. 1) ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die Fassung des § 51, abgesehen von den Fällen der §§ 55 ff., sämtliche Geisteszustände des Täters, welche seine freie Willensbestimmung — und damit die Zurechnungsfhgkt. — auszuschließen vermögen, habe treffen und demgemäß die analoge Ausdehnung habe verbieten wollen (vgl. Binding Hb. I 218); die durch Einfügung der hervorgehobenen Zustände konkretisierte Fassung des § 51 ist gerade deshalb gewählt, um den Begriff der „Willensfreiheit" vor einer „namentlich in foro ganz unstatthaften Auffassung" zu bewahren. So Geyer I 103 u. Merkel HH. 2 82, welche eine analoge Ausdehnung der Strafausschließungsgründe überhaupt für ausgeschlossen erachten; ferner: v. Liszt S. 169, Rubo N. 4, Rüb.-St. N. 6. AM. Binding aO. I 221, dessen Grund, der § 51 sei der analogen Ausdehnung ebenso fähig wie bedürftig, gegenüber dem konkreten Verbot der Analogie nicht durchgreift; ferner: Hälschner I 224, H. Meyer S. 153, v. Wächter S. 133 u. Bruck Zurechnungsfhgkt. S. 64, die auch bei den in völliger Wildheit oder Abgeschlossenheit aufgewachsenen Personen wegen ihres Geisteszustandes (gehemmter geistiger Entwickelung) Unzurechnungsfhgkt. annehmen; vgl. auch die § 58 N. 3 Zitierten. Allerdings wird in vielen Fällen eine Bestrafung solcher Personen nicht stattfinden können, allein nicht wegen Ausschlusses der freien Willensbestimmung oder wegen Unzurechnungsfhgkt. überhaupt, sondern weil ihnen bei der konkreten Hdlg. das erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bzw. die Fähigkeit, die Rechtswidrigkeit zu erkennen (§ 59 N. 30), gefehlt haben wird; wegen derjenigen strafb. Hdlgen, die eine subjektive Verschuldg. nicht erfordern (T. I Abschn. 4 N. 2), werden sie daher unbedingt zur Verantwortung gezogen werden können.

11) Erforderlich ist, daß ein Zustand der btr. Art „*zur Zeit der Begehung der Handlung*" (N. 3) bei dem Täter obgewaltet habe. Demnach liegt ein *durch Unterlassung begangenes* strafbares *Kommissivdelikt* (§ 1 N. 3a) dann nicht vor, wenn beim Täter z. B. der Unterlassung die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war, während es auf den Geisteszustand des Täters z. B. der der Unterlassung vorgehenden Tätigkeit (T. I Abschn. 3 N. 3) nicht ankommt; Binding Normen 2 259, Sturm Unterlassungsdel. S. 352 ff. Die Wichtigkeit jenes Erfordernisses tritt insbs. hervor:

Digitized by Google

a) Bei den Bewußtlosigkeitszuständen, in welche der Täter, namentl. durch den Genuß von Spirituosen, vorsätzlich oder fahrlässig sich selbst versetzt hat. Wo die Ursache zu dem äußeren Tatbestande einer strafb. Hdlg. erst durch die Tätigkeit des Bewußtlosen gesetzt wird, da liegt eine strafb. Hdlg. nicht vor, mag auch der Täter verschuldeterweise in den bewußtlosen Zustand, namentl. der Trunkenheit, sich versetzt haben; das schuldvolle Sich-Versetzen in einen solchen Zustand ist nicht strafbar. Anders liegt es im Falle einer sog. actio libera in causa s. ad libertatem relata; soweit die Ursache zu dem verbrecherischen Erfolge bei einem Kommissivdelikte oder zu der mit Strafe bedrohten Unterlassung bei einem Omissivdelikte (§ I N. 3b) durch eine im Zustande der Willensfreiheit vorgenommene Tätigkeit gesetzt ist, liegt eine — je nach Umständen vorsätzlich o. fahrlässig — schuldvolle Verursachung seitens des Täters vor. Wer eine strafb. Hdlg. (durch Begehung o. Unterlassung) ausführt, nachdem er bis zum Zustande der Bewußtlosigkeit sich betrunken hat, begeht sie vorsätzlich, wenn er solches tat, um die strafb. Hdlg. auszuführen, dagegen fahrlässig, wenn er bei gehöriger Aufmerksamkeit die bevorstehende Bewußtlosigkeit als Ursache des rechtswidrigen Erfolges hätte erkennen können. So die GM., insbs.: RG. II 8. März 92 E. 22 413 (btr. einen Fall der Fahrlässigkeit), Berner S. 89, Binding Grundr. S. 95 u. Normen 2 196 ff., Finger 1 225, Geyer HS. 4 106, v. Liszt S. 165, H. Meyer S. 156, v. Wächter S. 137, Frank N. III; selbst Hälschner 1 211 ff. gibt die Möglichkeit, daß jemandem das, was er im Zustande verschuldeter Unzurechnungsfhgkt. tat, als vorsätzlich verübt zuzurechnen sei, „in beschränktem Maße und unter ganz besonderen Bedingungen" (namentl. bei Unterlassungen) zu. Über die abweichenden Ansichten in ihren verschiedenen Schattierungen vgl. Katzenstein, Strafloſigkt. der a. l. i. c., insbs. S. 63.

b) Bei den Geisteskrankheiten mit sog. lichten Zwischenräumen, d. h. periodischen Zeiträumen, in denen die Person wirklich (nicht bloß äußerlich) von geistiger Gesundheit ist; so Berner S. 90 u. H. Meyer S. 156, während Schütze S. 94 u. v. Schwarze N. 3 A. 1 die Annahme völliger Zurechnungsfhgkt. in solchen Zwischenzeiten für ausgeschlossen erachten.

Nichtvorhandensein einer strafb. Hdlg. N. 12, 13.

12) „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden", wenn der Täter z. B. der Begehung der Hdlg. in einem Zustande der N. 7—11 erörterten Art sich befand. Die GM., insbs. RG. III 16. Juni, 18. Sept. 84, E. 11 56, N. 6 545, II 10. Juni 90, 17. Jan. 02, E. 21 14, 35 73, versteht die hervorgehobenen Worte dahin, daß i. S. des Strafrechts überhaupt keine Hdlg. vorhanden sei; denn es könne von einer solchen nur dann die Rede sein, wenn das, was eine Person äußerlich tue, seinen Ursprung in ihrem freien Willen habe. Demgegenüber vertritt Herzog GS. 38 353 die Ansicht, daß jener im § 51 und gleichmäßig in den §§ 52 bis 54 vorkommende Ausdruck keineswegs den Sinn habe, daß es in Fällen dieser Art irgendwie an dem Tatbestande des in Frage kommenden Verbrechens fehle, sondern daß er nichts anderes bedeute, als daß die Verantwortlichkeit des btr. Täters (i. w. S.) vor dem Strafgesetze in seiner Totalität ausgeschlossen sei. Diese letztere Ansicht erscheint als die richtige. Jene Worte bedeuten freilich nicht, es sei zwar eine Hdlg. im Rechtssinne, aber nicht eine strafb. Hdlg. vorhanden, vielmehr besagen sie nur, daß die Hdlg. eine strafbare nicht sei. Ob sie überhaupt keine Hdlg. im Rechtssinne sei, darüber spricht das Gesetz sich nicht aus; es hängt das lediglich von der Lage des konkreten Falles ab. Es widerspricht aber der Erfahrung des gewöhnlichen Lebens, wenn man unbedingt in Abrede stellt, daß ein Geisteskranker den Tatbestand einer strafb. Hdlg. überhaupt nach der subjektiven Seite hin erfüllen könne; er kann vielmehr einen einzelnen Deliktstatbestand, z. B. den des Diebstahls, mit dem vollen hierzu erforderlichen Dolus vornehmen, und die Hdlg. an sich — d. h. abgesehen von der Strafbarkeit — wird unter dieser Voraussetzung rechtlich keine andere bzw. scheidet deshalb aus dem Begriff der Hdlgen im Rechtssinne nicht aus, wenn beim Täter ein Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit — und zwar in dem Maße, daß dadurch die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist — als vorliegend nachgewiesen wird. Ist aber auch die freie Willensbestimmung i. S. des StGB. (N. 5) bei einem Menschen für ausgeschlossen zu erachten, so ist damit nicht

Digitized by Google

gesagt, daß er zu. *keinem* Tun in regelrechter Weise durch Motive bestimmt werden könne, sondern nur, daß es Fälle gebe, wo das Tun des Betreffenden nicht derart bestimmt werde. Liegt jedoch der Ausschluß der freien Willensbestimmung in diesem S. vor, so fällt damit unbedingt *die Strafbarkeit jeder Hdlg.* fort (N. 8), mag auch bei einer speztellen, objektiv den Tatbestand eines Delikts erfüllenden Hdlg. der Nachweis des Ausschlusses der freien Willensbestimmung in Beziehung auf dieselbe nicht zu erbringen sein, oder mag selbst die Annahme sich rechtfertigen, daß der subjektive Tatbestand gleichfalls vorliege. Dieser Auffassung neigt übrigens auch Rüd.-St. Abschn. 4 N. 1a zu („der Ausdrucksweise des Gesetzes könne füglich eine bloß subjektive Beziehung beigelegt werden"); vgl. ferner Oppler DJZ. 4 313. Um einen bloßen Streit um Worte handelt es sich hierbei keineswegs; so jedoch Finger G. 50 36.

13) Für die *Teilnahme* (T. I Abschn. 3) an einer solchen „nicht strafb. Hdlg." ergibt sich nach der Auffassung in N. 12 folgendes: Die Möglichkeit einer *strafbaren* Teiln. an einer auf Grund des § 51 nicht-strafbaren Hdlg. ist nicht ausgeschlossen; sie ist gegeben, wenn die Haupttat selbst auch nach der subjektiven Seite hin erfüllt ist; sie ist dagegen zu verneinen, wenn die Haupttat wegen Mangels des subjektiven Erfordernisses, also bei dolosen Straftaten wegen nicht vorliegenden Dolus, des Charakters einer Hdlg. im Rechtsinne überhaupt entbehrt. So Rüd.-St. Abschn. 4 N. 1a, während Schütze S. 160 N. 18 u. G. 21 163 sowie Herzog GS. 24 435, 26 28, 30 294, 38 357 zu weitgehend annehmen, daß Gehilfenschaft zu einer aus § 51 straflosen Tat durchweg strafbar bleibe, bzw. daß das Bestehen einer „äußeren Verbrechensfigur" (so Herzog) stets eine genügende Grundlage für die strafb. Teiln. bilde. AM. die GM., insbs. die N. 12 zitt. RG. E. 11 56, 21 14 btr. Beih. (§ 49).

In den Fällen, in denen hiernach strafb. Teiln. zu verneinen ist, kann der Täter i. uneigentl. Sinne verstanden (N. 2) das Werkzeug in der Hand des anderen sein, der nur scheinbar die Rolle eines Anstifters o. Gehilfen spielt, in Wahrheit aber der *Täter* ist (§ 47 N. 17).

Prozessuales N. 14—17.

14) Formell, d. h. i. S. der StPO. §§ 262, 266, enthält § 51 einen „*strafausschließenden Umstand*" (N. 12), dagegen nicht einen strafaufhb. Umst. i. S. der StPO. § 295$_2$.

15) Die Entscheidung darüber, ob *im einzelnen Falle* der Strafausschließungsgrund des § 51 vorliege, steht vor Erhebung der öffentlichen Klage der StAschaft (StPO. § 152), nach ihrer Erhebung in jedem weiteren Stadium des Prozesses, insbs. bei Eröffnung des Hauptverfahrens (StPO. §§ 201 ff.) und bei Fällung des Urteils (StPO. § 266$_2$), dem Gerichte zu, und zwar beiden lediglich auf Grund ihrer freien Überzeugung.

Naturgemäß wird da, wo es um den Ausschluß der freien Willensbestimmung durch *krankhafte* Zustände sich handelt (N. 8), ein ärztliches Gutachten als Unterlage erforderlich sein, an welches freilich der Richter so wenig wie an die Gutachten anderer Sachverständiger gebunden ist; wegen Vorbereitung eines solchen Gutachtens vgl. StPO. § 81. Erklärt der Gerichtsarzt, daß ein krankhafter Geisteszustand nicht vorliege, so ist damit seine Aufgabe erschöpft. Selbstverständlich ist die im Zivilprozeßverfahren nach den §§ 645 ff. ZPO. erfolgte Erklärung einer Person als geisteskrank für das Strafverfahren durchaus unverbindlich.

16) Im Falle der *Urteilsfällung* haben gemäß StPO. § 266 die Urteilsgründe über das Vorliegen der freien Willensbestimmung des Täters nur dann sich auszusprechen, wenn in der Hauptverhandlung behauptet worden war, daß der Strafausschließungsgrund des § 51 vorliege, und zwar dahin, ob der Umstand „für festgestellt oder für nicht festgestellt erachtet" worden. Demgemäß kann, wie auch RG. IV 30. Okt. 00 G. 47 441 u. RMG. II 22. März 02 E. 2 231 annehmen, *Verurteilung* nur dann erfolgen, wenn — in Anlehnung an den Wortlaut des § 51 — festgestellt ist, „daß der Täter z. B. der Begehung der Handlung sich in einem Zustande der Bewußtlosigkeit ꝛc. *nicht* befunden hat", während es zur Verurteilung nicht ausreicht, wenn lediglich *nicht* festgestellt erachtet ist, „daß der Täter z. B. der Begehung der Handlung sich in einem solchen Zustande befunden hat".

Hieraus ergibt sich als Resultat, daß der Richter beim Zweifel an der Willensfreiheit des Angeklagten zur Zeit der Tat freizusprechen hat. So: H. Meyer S. 150, v. Liszt S. 165 N. 3, Oppenh.-D. N. 9, Rubo N. 10, Rüd.-St. N. 7, Binding Normen 2 608, Bruck

Digitized by Google

Zurechnungsfhkt. S. 154, Schmid Präsumtionen S. 39, Westrum StRZ. 12 367, im Resultate auch RG. I 23. Okt. 90 E. 21 131.

17) Im schwurgerichtlichen Verfahren gestaltet die Sachlage infolge positiver Vorschriften der StPO. sich dahin, daß eine ausdrückliche Feststellung der Zurechnungsfhgkt. gar nicht erfolgen kann, indem durch Bejahung der mit den Worten „Ist der Angeklagte schuldig" beginnenden Hauptfrage gleichzeitig das Vorliegen der freien Willensbestimmung beim Täter als bejaht gilt (StPO. § 293), sonach die Stellung einer die Zurechnungsfhgkt. betreffenden Nebenfrage auf Grund des § 51 durch StPO. § 295 nicht gestattet ist (N. 14); RG. I 15. Jan. 80, 27. Juni 81, E. 1 70, 4 400.

§. 52.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist.

Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte.

PrStGB. § 40. Entw. I § 46, II § 50.

Zu Abs. 2 vgl. DepotG. v. 5. Juli 1896 § 9 Abs. 3.

Zu § 52 Absatz 1. N. 1—15.

1) Die Entstehungsgeschichte des § 52, wegen deren § 51 N. 1 zu vergleichen, ergibt, daß, wie nach PrStGB. § 40 ein V. als nicht vorhanden angenommen wurde, wenn die freie Willensbestimmung des Täters „durch Gewalt oder durch Drohungen" ausgeschlossen war, so auch das Nichtvorhandensein einer strafb. Hdlg. gemäß RStGB. § 52 im Falle einer gegen den Täter angewendeten unwiderstehlichen Gewalt oder Drohung — nach Auffassung des Gesetzgebers — auf dem Ausschlusse der freien Willensbestimmung des Täters beruht.

2) Der § 52 behandelt zwei Fälle der Nötigung (§ 240 N. 1) des Täters zu der Hdlg., nämlich Nötigung durch näher bestimmte Mittel der Gewalt (N. 3—5) und der Drohung (N. 6—14). Durch Anwendung dieser Mittel muß sonach für den „Täter" vorsätzlich eine Notlage verursacht (T. I Abschn. 3 N. 2) worden sein, welche jenen zur Vornahme der „Handlung" veranlaßte (vgl. jedoch N. 3 u. 14).

Als Subjekt der Nötigung ist eine zurechnungsfähige Person gedacht, was einerseits daraus folgt, daß dem PrStGB. § 40, aus welchem § 52 hervorgegangen ist, dieselbe Anschauung zugrunde liegt (Goltd. Mat. I 413), andererseits aber daraus, daß der mit § 52 in sachlichem Zusammenhange stehende (N. 14) § 54 (das. N. 4) die Verursachung eines Notstandes durch — juristisch — zufällige Ereignisse im Auge hat. So: Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 6. AM. v. Schwarze N. 3.

3) Die Nötigung durch „unwiderstehliche Gewalt" setzt eine Gewalt voraus, durch welche der Genötigte (der „Täter") in einen Zustand versetzt wird, in dem er seine Körperkräfte, soweit sie für die sog. „Handlung" in Betracht kommen, seinem freien Willen gemäß nicht mehr gebrauchen kann; es ist also vis absoluta erforderlich, während vis compulsiva zur Erfüllung dieser Alternative (s. jedoch N. 5, 12a) nicht hinreicht. Zu dieser Auffassung führt nicht nur der Wortlaut selbst, sondern auch die Entstehungsgeschichte, indem in Abweichung vom PrStGB. § 40, welcher den Ausdruck „unwiderstehliche Gewalt" vermied, weil es sich von selbst verstehe, daß der nur als Maschine Dienende keine strafb. Hdlg. begehen könne (Goltd. Mat. I 370, 411), jene Wendung im RStGB. Aufnahme fand; allerdings ist nicht zu verkennen, daß in solchem Falle von einer „Handlung" im Rechtssinne (T. I Abschn. 4 N. 1, 5_3) nicht die Rede sein kann und deshalb eine

Digitized by Google

inkorrekte Ausdrucksweise des Gesetzes vorliegt. So: Berner S. 105, Binding Hb. 1 769, Finger 1 428, Hälschner 1 274 u. GS. 35 5, Merkel S. 165, Frank N. 1 1. AM.: Schütze S. 114 N. 13, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3.

Aus dem eben Gesagten folgt bezüglich der Teilnahme (T. I Abschn. 3), daß eine solche in diesem Falle des § 52 nicht denkbar ist (§ 51 N. 13).

4) Wenn auch die unwiderstehliche Gewalt nur als vis absoluta aufzufassen ist, so kann sie doch sowohl eine direkte wie auch eine indirekte sein und ist deshalb namentl. auch denkbar, daß eine Freiheitsentziehung sich als solche qualifiziere; so: Hälschner 1 274, Billnow Raub S. 20 N. 9; aM. Rubo N. 3.

5) Wann eine „unwiderstehliche Gewalt" als vorliegend anzunehmen sei, ist nach den Umständen, wenn auch unter Berücksichtigung der Persönlichkeit dessen, gegen den die Gewalt angewendet wurde, zu beurteilen; seine subjektive Auffassung als solche ist aber nicht entscheidend.

Ist die Gewalt als eine „unwiderstehliche" nicht zu erachten, so kann in Frage kommen, ob in ihr eine „Drohung" der im § 52 bezeichneten Art zu finden sei (N. 12a); Berner S. 105, Hälschner 1 274.

6) Die Nötigung durch eine „Drohung" (§ 48 N. 11a) entspricht nur dann dem Erfordernisse des § 52, wenn sie eine solche war, „welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst (d. h. des „Täters") oder eines Angehörigen (vgl. Abs. 2) verbunden war". Deshalb genügt die Feststellung, daß „die Hdlg. unter Umständen zur Wahrung von Leib oder Leben hätte notwendig sein können", nicht; vgl. München 16. Apr. 75 BayerE. 5 139.

7) Eine „Gefahr" (vgl. auch § 315_1) ist das Resultat einer Gefährdung (vgl. Grimms Wörterbuch „Gefährden" unter Nr. 3). Diese aber ist die Herbeiführung eines Zustandes, in welchem in concreto die nahe Möglichkeit u. damit die gegründete Besorgnis des Eintritts einer Verletzung gegeben ist; so v. Liszt S. 126, Rüd.-St. N. 4, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 170, 178; vgl. jedoch gegen die Annahme, daß das Moment der psychologischen Rückwirkung maßgebend sei: Binding Normen 1 373, Kleinfeller RG. btr. Nichtöffentlichkt. d. Gerichtsvhdlgen S. 145 f., auch Rotering Fahrlässigkt. S. 10 (andererseits aber G. 31 268). Für die Bestimmung des Begriffs der „Gefahr", dessen juristische Verwendbarkeit, wie v. Bar 1 338 N. 364 zutreffend bemerkt, seitens Hertz, Unrecht S. 73 ff., „allem positiven Recht zum Trotz geleugnet wird" (vgl. übrigens die mit Hertz sachlich übereinstimmende — auch von Keßler GS. 41 190 getadelte — Deduktion in RG. III 10. Nov. 80, 30. März 83, E. 2 431, 8 198, wonach, wenn eine Hdlg. im konkreten Falle das btr. Rechtsgut nicht verletze, auch eine objektive Gefährdung desselben nicht vorhanden sei), kann nicht mit RG. III 14. Juni 82, IV 11. Dez. 85, E. 6 396, 13 169, Hälschner 2 598, v. Liszt aO., v. Rohland Gefahr S. 1 ff., Siebenhaar ZStrW. 5 248 u. Kleinfeller aO. von dem Gesichtspunkte der „Wahrscheinlichkeit" ausgegangen werden; denn da ein Erfolg in der Tat nur dann als wahrscheinlich bezeichnet werden kann, wenn er in der Mehrzahl der Fälle einzutreten pflegt, so zeigt sich einerseits, daß ein solcher Begriff der „Wahrscheinlichkeit" praktisch völlig unverwertbar ist, andererseits aber, daß — wie Rotering hervorhebt — jener Satz von mehr als 50 % „ein weitaus zu hoch gegriffener" ist; denn wie würde man dabei z. B. von einer im Kriege zu bestehenden „Gefahr" sprechen können? Bernau Gefährl. Werkzeuge S. 23 unterscheidet als Gefahr im obj. S. die Möglichkeit, und als Gefahr im subj. S. die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses (vgl. auch S. 65, wo er gg. das zit. RG. E. 6 396 sich wendet).

8) Die dem „Täter" zugefügte Drohung muß mit einer Gefahr „für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen" verbunden sein, d. h. es muß in dem Täter durch die nahe Möglichkeit einer körperlichen Verletzung die gerechtfertigte Beunruhigung hervorgerufen sein (N. 7), daß er selbst oder einer seiner Angehörigen (N. 18—24) sein „Leben" verlieren oder wenigstens hinsichtlich der ungestörten Existenz seines „Leibes" werde beeinträchtigt werden.

Ob diese Beeinträchtigung eine direkte oder indirekte ist, erscheint an sich gleichgültig;

Digitized by Google

eine direkte Gefährdung anderer Rechtsgüter, wie z. B. des Vermögens oder der Ehre, die als solche für den § 52 nicht in Betracht kommt (Hälschner I 497, Oppenh.-D. N. 9), kann deshalb unter dem Gesichtspunkte der indirekten Gefährdung von „Leib oder Leben" als dem Erfordernisse des § 52 entsprechend angesehen werden; so z. B. die Bedrohung mit Vermögensverlusten, insofern dadurch die Lebensexistenz oder wenigstens die Erhaltung der Gesundheit — nach Entziehung der notwendigen körperlichen Nahrung, Pflege ꝛc. — in Frage gestellt wird; aM. Binding Hb. I 770 N. 37 wg. des Erfordernisses der Gegenwärtigkeit des Notstandes (N. 10).

9) Eine Gefahr „für den Leib" ist nach dem Sprachgebrauche des gem. Lebens in Verbindung mit dem in N. 7 Bemerkten nur anzunehmen, wenn die leibliche Unversehrtheit oder die Gesundheit gefährdet sind, da erst alsdann der „Leib in seiner ungestörten Existenz" beeinträchtigt sein würde; RG. IV 29. Sept. 96 E. 29 77. Demnach liegt „Gefahr für den Leib" jedenfalls dann vor, wenn eine schwere Körperverltzg. i. S. des § 224 droht, während nicht jede drohende einfache Körperverltzg. i. S. des § 223 als eine solche Gefahr zu erachten ist, so z. B. nicht die bloße Hervorrufung eines körperlichen Mißbehagens. So im wesentlichen: Finger I 422, 427, H. Meyer S. 286, Frank N. I 2a, v. Schwarze § 54 N. 1, Stammler Notstd. S. 52. AM. einerseits: Binding Hb. I 770, v. Liszt S. 151 f., Rubo N. 8, Rüd.-St. N. 4, Janka Notstd. S. 242 und auch wohl Hälschner 2 370 N. 2, die jede Körperverltzg. i. S. des § 223 hierher rechnen, andererseits Berner S. 105 u. Rotering G. 31 259, nach welchen der Begriff der Leibesgefahr eine gewisse Relativität in sich tragen soll, so daß die Wichtigkeit des übertretenen Strafgesetzes bzw. auch der mögliche Nachteil für Private oder das öffentliche Wesen in Betracht zu ziehen seien.

Unter den hervorgehobenen Gesichtspunkten kann auch eine Bedrohung in geschlechtlicher Beziehung eine „Gefahr für den Leib" darstellen: Finger I 427, Hälschner I 497, Merkel S. 165, Schaper HH. 2 170 N. 3, Schütze S. 452 N. 15, Oppenh.-D. N. 9, v. Schwarze § 54 N. 1, Stammler Notst. S. 63.

Dagegen ist in der Bedrohung mit Freiheitsberaubung an sich noch keine Gefährdung des Leibes zu finden; so: Binding Hb. I 770, v. Liszt S. 151, H. Meyer S. 286; aM.: Hälschner I 497, v. Schwarze § 54 N. 1, Stammler aO. Es kann aber in ihr eine Bedrohung des „Leibes" liegen (Finger I 427), wie auch die vollzogene Freiheitsberaubung als unwiderstehliche Gewalt sich darstellen kann (N. 4).

10) Während zwar das schädigende Ereignis noch nicht unmittelber bevorzustehen braucht, muß die Gefahr selbst sowohl in zeitlicher wie in räumlicher Beziehung eine „gegenwärtige" sein; ob dies der Fall sei, kann nur der konkreten Beurteilung unterliegen. Vgl. Berlin 5. Mai 71 O. 12 253, die Annahme, der 1870 zwischen Deutschland und Frankreich ausgebrochene Krieg sei ohne weiteres als eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben eines auf der Seereise begriffenen Deutschen Seemannes anzusehen gewesen, sei rechtsirrtümlich.

11) Die Gefahr darf „auf andere Weise nicht abwendbar" gewesen sein, d. h. weder seitens des „Täters" selbst, noch seitens des etwa bedrohten „Angehörigen"; denn wäre dieser in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so würde für jenen eine „Nötigung" (N. 2) zu der Hdlg. nicht vorliegen.

„Auf andere Weise" abwendbar ist die Gefahr jedenfalls dann, wenn die Möglichkeit der Flucht vorlag; so: Binding Hb. I 776, Finger I 427, Frank N. I 2c, Oppenh.-D. N. 8, Rubo N. 10, v. Schwarze N. 2, Göb G. 28 184.

Die Gefahr wird nur dann „auf andere Weise nicht abwendbar" erscheinen, falls — positiv ausgedrückt — die Hdlg. den Umständen nach unumgänglich war, um Rettung aus der Gefahr herbeizuführen (H. Meyer S. 289); konnte der Täter die Gefahr durch eine andere — objektiv minder strafbare — Hdlg. abwenden als durch die, welche er vornahm, so war die Gefahr „eine in anderer Weise abwendbare", da die begangene Hdlg. den Umständen nach nicht geboten war. Folgeweise tritt auch, falls in der „Drohung" zugleich ein „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff" i. S. des § 53 (das. N. 9aα) liegt, Straflosig-

Digitized by Google

keit nur ein, wenn der Bedrohte die Notwehrhdlg. nicht vollziehen kann; Finger 1 427 N. 561, Frank N. II 1.

12) Als Drohung mit einer Gefahr, wie § 52 sie erfordert, kann den Umständen nach sich darstellen:

a. physischer Zwang im Sinne von vis compulsiva; s. o. N. 3, 5;

b. ein ungesetzlicher Befehl (wegen eines gesetzmäßigen vgl. L. I Abschn. 4 N. 9c); niemals kann ein solcher mit v. Krawel HN. „Befehl" u. Oppenh.-D. N. 5 als „unwiderstehliche Gewalt" (N. 3) angesehen werden, aber wohl kann aus den Umständen sich ergeben, daß er tatsächlich für den, dem er gegeben wird, zugleich eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für L. o. L. enthalte; Finger 1 405, Geyer 1 79, v. Liszt S. 154, H. Meyer S. 273. Unter dieser Voraussetzung stellt der ungesetzliche Befehl als ein Mittel der Anstiftg., als welches er regelmäßig anzusehen sein wird (§ 48 N. 12), sich nicht dar; v. Schwarze S. 161 f., v. Calker Befehl S. 14. Was insbs. den Befehl eines Amtsvorgesetzten anbetrifft, so enthält er als solcher einen Strafausschließungsgrund i. S. des § 52 nicht, da sog. „blinder Gehorsam" gegenüber den Befehlen des Vorgesetzten in der Amtspflicht nicht begründet ist. Das ist selbst bei den Befehlen eines militärischen Vorgesetzten in Dienstsachen, d. h. den mit dem Dienst in direkter oder indirekter Beziehung stehenden Befehlen ausweislich des MStGB. § 47 Abs. 2[2] nicht unbedingt der Fall (noch weniger gegenüber sog. Dienstbefehlen, d. h. Befehlen eines Vorgesetzten anderer Art; MStGB. § 58[7]); RG. II 4. Juli 83 E. 6 432, Berner S. 102, Hälschner 1 401, v. Liszt S. 154, Rüd.-St. N. 3, Hecker Militärstrafr. S. 91; ist aber der gehorchende Untergebene durch den gegebenen Befehl vollständig gedeckt, so ist der befehlende Vorgesetzte ausschließlich der Täter, weil der Handlung des den Befehl Ausführenden der Charakter der Rechtswidrigkeit fehlt; so die GM., insbs. RMG. II 8. Apr. 03 E. 5 33;

c. die Drohung eines Angehörigen, sich das Leben zu nehmen, z. B. der Tochter gegenüber der Mutter, falls diese ihr nicht den geschlechtl. Verkehr mit ihrem Geliebten gestatte (praktischer Fall bei Anklage aus § 181[2]); Finger 1 426 N. 559.

13) Die Frage, ob eine Drohung mit der im § 52 bezeichneten Gefahr für den Bedrohten wirklich die zum Begriffe der „Nötigung" (N. 2) erforderliche Notlage geschaffen habe, ist nur im Einzelfalle mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Bedrohten zu beantworten; es fragt sich, ob er bei seiner körperlichen und geistigen Individualität berechtigterweise sich beunruhigt fühlen durfte (N. 7 f.); so im wesentlichen: Finger 1 427, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 5, während Rotering, G. 31 257, neben einer gewissen Berücksichtigung der Individualität, nicht mehr als eine gewöhnliche Opferwilligkeit und Widerstandskraft erfordert, dagegen Rüd.-St. N. 3 (wie Beseler PrStGB. S. 180) diejenige eines constans vir.

14) Während der durch eine unwiderstehliche Gewalt Genötigte eine Hdlg. überhaupt nicht begeht (N. 3), tritt der lediglich durch eine Drohung der im § 52 bezeichneten Art Genötigte wenigstens wirklich handelnd auf, indem die Furcht vor der Vergrößerung der bereits wirkenden Gewalt oder vor dem Eintritt des angedrohten Übels den in solcher Zwangslage Befindlichen bewegt, die betreffende Hdlg. vorzunehmen; zwischen der Drohung und der Hdlg. muß der Zusammenhang bestehen, daß diese „zur Rettung" (§ 54 N. 3) aus der mit jener verbundenen Gefahr vorgenommen wurde, daß also jene für diese kausal war. Hiernach liegt für den sog. „Täter" ein „Notstand" vor, wie im Falle des § 54, dessen Zusammengehörigkeit mit dieser Alternative des § 52 in der Theorie allseitig anerkannt wird, aber nicht dazu führen kann, das im § 54 aufgestellte Merkmal des „Unverschuldetseins" (das. N. 7) hierher zu übertragen; so: H. Meyer S. 288, Löffler ZStrW. 21 579; aM.: Binding Lb. 1 769, v. Liszt S. 151.

Das positive Recht geht von der an sich anfechtbaren Auffassung aus, daß auch bei der Nötigung durch „Drohung" die freie Willensbestimmung ausgeschlossen sei (N. 1). Allein selbst daraus folgt nach der Ausführung in N. 12 zum § 51 keineswegs, daß eine Hdlg. im Rechtssinne überhaupt nicht vorliege. Im Gegenteil ist neben dem objektiven auch der subjektive Deliktstatbestand als vorhanden anzusehen, solange nur nicht die Wirkung der

Digitized by Google

Drohung eine solche ist, daß dadurch ein Zustand der Bewußtlosigkeit der im § 51 gedachten Art herbeigeführt wird; dann greift das dort Bemerkte Platz; so auch Bünger ZStrW. 8 578f.

Ist sonach für diesen Fall des § 52 die Existenz einer Hdlg. und somit eines Deliktstatbestandes zu bejahen, so stellt die Bestimmung des § 52, wonach eine strafbare Hdlg. nicht vorhanden ist, im Hinblick auf diesen Fall der gefährlichen Drohung lediglich als Strafausschließungsgrund sich dar; Binding Hb. 1 769, Finger 1 428, v. Calker Befehl S. 18 ff. Insbesondere folgt daraus, daß der durch Drohung Nötigende in Wahrheit Anstifter des — straflosen — Täters ist (so auch Finger aO.), daß man höchstens mit Schütze S. 115, 148 u. G. 21 165 von „fingierter Täterschaft" des Nötigenden sprechen kann, während die mit den Motiven übereinstimmende GM., insbs. RG. I 22. Dez. 98 E. 31 395, diesen als den allein strafrechtlich verantwortlichen Täter ansieht (vgl. N. 12b aE.). Schon hieraus aber ergibt sich, daß der Strafausschließungsgrund nur ein höchstpersönlicher, also eine strafbare Teilnahme (E. I Abschn. 3) an der Hdlg. des Genötigten denkbar ist; zur Abschwächung der hieraus sich ergebenden Konsequenzen ist die Straffreiheit des Täters auch auf den Fall erstreckt, wenn die Drohung für einen seiner Angehörigen gefährlich war; so: Binding Hb. 1 766, 785 ff., Finger aO. u. Birkmeyer Teiln. S. 157; aM. Frank N. II; auch Rüd.-St. N. 7 stimmt nur teilweise bei.

15) Wegen des Einflusses eines Irrtums vgl. § 59 N. 24b, 25d.

Zu § 52 Absatz 2. N. 16—24.

16) Abs. 2 definiert, wer im Sinne „dieses Strafgesetzes", d. h. des StGB. (vgl. § 8 N. 1), als „Angehöriger" anzusehen sei; die Definition gilt daher auch noch für die §§ 54, 213, 232_2, 247, $257_{2,3}$, 258, 263_4, 292_2 u. 303_4 StGB., in denen jener Ausdruck gebraucht wird, nicht aber an sich für andere Strafgesetze; vgl. jedoch § 9_3 des DepotG. v. 5. Juli 1896.

17) Für die Frage, ob der Bedrohte ein „Angehöriger" gewesen, kommt lediglich die Zeit in Betracht, in welcher der „Täter" die zu der fraglichen Hdlg. erforderliche Willensbetätigung vornahm, während das Angehörigkeitsverhältnis zur Zeit des Eintrittes der Wirkung oder des Erfolges außer Betracht bleibt; § 51 N. 3.

18) „Verwandte auf- und absteigender Linie" (§§ 173_1, 247_2, 370^5 sowie §§ 215, 223_2), d. h. Verwandte „in gerader Linie" nach BGB. § 1589_1. Verwandtschaft im strafr. S. bezeichnet die — nachweisbare — Abstammung von derselben dritten Person, und zwar einerlei, ob jene auf ehelicher o. unehelicher Geburt beruht. Die Vorschrift des Abs. 2 des zit. §., wonach ein unehel. Kind und dessen Vater nicht als verwandt gelten, kann für StGB. nicht in Betracht kommen, wie auch Art. 33 EGBGB. beabsichtigterweise davon Abstand genommen hat, die Vorschriften des BGB. über Verwandtschaft o. Schwägerschaft für anwendbar zu erklären, soweit etwa im StGB. an die eine oder die andere rechtliche Folgen geknüpft sind. So: Binding Hb. 1 787 N. 92, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 13, Lobe Einfluß S. 32. AM. Rüd.-St. N. 8, der die unehelichen Verwandten nur berücksichtiget, „soweit solche vom Zivilrecht anerkannt werden". Gleichgültig ist dabei eine etwa im Zivilprozeß ergangene Entscheidung, bzw. ob die Frage überhaupt (vgl. BGB. §§ 1593 f., 1598) im Zivilprozeß erörtert werden kann; Rubo N. 14.

19) „Verschwägerte auf- und absteigender Linie", d. h., da Schwägerschaft das Verhältnis der Verwandten eines Ehegatten zu dem anderen Ehegatten ist (RG. I 13. Dez. 86 E. 15 78; übereinstimmend BGB. § 1590), Schwiegereltern und -Kinder sowie Stiefeltern und -Kinder. Ob das Schwägerschaftsverhältnis auf ehelicher oder unehelicher Geburt beruht, ist ebenso gleichgültig wie beim Verwandtschaftsverhältnis (N. 18); vgl. § 173 N. 2_3. Die Schwägerschaft aber wird, wie auch nach BGB. § 1590, nur durch eine gültige Ehe begründet, nicht durch eine nichtige (so schon RG. I 19. März 83 N. 5 188 btr. eine bigamische Ehe im Falle des § 263_4), mag auch die Nichtigkeit auf Anfechtbarkeit beruhen; fürs Strafrecht ist auch ohne Bedeutung, ob die Ehe im Zivilprozeß für nichtig erklärt worden ist; vielmehr ist über die Frage der Gültigkeit behufs Annahme eines Schwägerschaftsverhältnisses im Strafprozeß selbst zu entscheiden; vgl. zit. RG. N. 5 188. Nur insoweit nach dem Grundsatze des BGB. § 1699 die aus einer nichtigen Ehe ent-

Digitized by Google

sprossenen Kinder als eheliche Kinder der Ehegatten gelten, haben sie diese Eigenschaft auch in Ansehung der Verwandtschaft und damit auch der Schwägerschaft.

Wie nach den späteren RJustizgesetzen (GVG. § 156 I[3], StPO. §§ 22[3], 51[3], ZPO. §§ 41[3], BGB. § 1590[2]) die Schwägerschaft fortdauert, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist, so wird auch im Sinne des StGB., ohne daß man zwischen den Auflösungsgründen zu unterscheiden hat, das gleiche anzunehmen sein. So auch die Praxis des RG., indem Fortbestehen des Schwägerschaftsverhältnisses angenommen wurde, sowohl bei Auflösung der Ehe durch Tod (III 7. Apr. 80, R. 1 548, II 22. Apr. 84 E. 10 302, beide btr. § 173[2], I 1. Dez. 81 E. 5 200 btr. § 247[1]), als auch bei solcher durch richterlichen Ausspruch, als welcher aber nach dem Abs. 1 Bemerkten nur „Scheidung", nicht auch „Nichtigkeitserklärung" in Betracht kommen kann (I 5. Mai 94, IV 8. Nov. 01, E. 25 337, 34 418, beide btr. § 173[2]); ebenso jetzt Frank N. III u. Oppenh.-D. N. 18. AM. einerseits Meves § 247 N. 2 u. Rubo N. 15, welche das Schwägerschaftsverhältnis bei jeder Auflösung der Ehe als beendigt ansehen, andererseits Binding Hb. 1 787, der zwischen der Auflösung durch Tod u. durch Scheidung unterscheidet; ebenso Schaper HH. 2 171 u. Rüd.-St. N. 8, wie Berner S. 106 u. v. Schwarze N. 7.

Wegen des besonderen Falles des § 173[2], wo nicht im allg. ein „Angehörigkeits-", sondern speziell nur ein „Schwägerschaftsverhältnis" erwähnt wird, vgl. das. N. 2[2].

20) „Adoptiv-Eltern und -Kinder" (§ 174[1]); da die Adoption — „Annahme an Kindesstatt" nach BGB. §§ 1741 ff. — ein streng juristischer Begriff ist, so ist das Vorliegen eines Adoptivverhältnisses lediglich nach dem bürgerl. R. zu beurteilen; so die GM. Ist das durch die Adoption begründete Rechtsverhältnis wieder aufgehoben worden, so besteht auch keine „Angehörigkeit" mehr.

21) „Pflegeeltern und -Kinder". Aus der Gesamtheit der Bestimmungen (N. 16 sowie § 174[1]), in denen das StGB. das Verhältnis zwischen Pflegeeltern uud -Kindern berücksichtigt, läßt sich erkennen, daß — wie nach der Auffassung des gem. Lebens — ein Verhältnis vorausgesetzt wird, welches, dem Verhältnisse zwischen natürlichen und Adoptiveltern u. -Kindern ähnlich, so gestaltet ist, daß es ein dauerndes sittliches Band zwischen den Verbundenen — also gleichsam eine Familienzugehörigkeit — herstellt; RG. I 11. Feb. 84, IV 11. Dez. 85, 29. März 95, 15. Dez. 96, E. 10 95, 13 148, 27 130, G. 44 397. Hiernach beruht es, wie beim Verlöbnis (N. 24), auf tatsächlicher — nicht rechtlicher — Beurteilung, ob ein solches Verhältnis anzunehmen sei oder nicht. So jetzt die GM., insbs. das RG., namentlich II 25. Feb. 96 E. 28 230 (vgl. wegen der früheren Praxis im einzelnen die entsprechende N. Abs. 2 in der 5. Aufl. des Kommentars), sowie im Hinblick auf das die Pflegkindschaft als Rechtsinstitut nicht kennende BGB.: IV 15. Feb. 01 E. 34 161 (vgl. auch III 15. Okt. 03 E. 37 1 btr. „Elternverhältnis" im § 235), ferner: München 31. März 76, 30. März 78, St. 6 250, 8 129, Dresden 3. Dez. 77 St. 8 212, Berner S. 106, Binding Hb. 1 787 N. 94, Geyer 2 31, Hälschner 2 237, H. Meyer S. 287 N. 20, Schaper HH. 2 171, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 14, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze N. 8, Reber Antragsdel. S. 260, Fuld GS. 35 398.

Verneint wurde das Vorliegen eines Pflegkindschaftsverhältnisses, selbst bei häuslicher Gemeinschaft, zwischen Lehrherrn u. Lehrling; RG. IV 29. März 95 E. 27 129.

Es entspricht der Auffassung des bürgerlichen Lebens, daß ein Pflegkindschaftsverhältnis, wenn es bis zur Selbständigkeit des Kindes währte, auch nach Erreichung dieser als fortdauernd angesehen wird; RG. IV 11. Dez. 85 E. 13 148, München KassH. 31. März 76 St. 6 250, ObersteLG. 3. Feb. 00 E. 1 16, Berner S. 106, Oppenh.-D. N. 18.

22) „Ehegatten" (§§ 171, 172, 189[3], 247[2], 370[5], auch 181[3], 181a[2], 195); als solche müssen gelten alle Personen, die miteinander in einer formell bestehenden Ehe leben, gleichgültig, ob die Ehe anfechtbar oder gar — materiell — nichtig ist (vgl. darüber § 171 N. 3a, 4). Solange das Band der Ehe formell besteht, stehen auch die Ehegatten im Angehörigkeitsverhältnis zueinander. Dieses hört auf mit Auflösung der Ehe selbst, sei es, daß sie auf Nichtigkeits- o. Anfechtungsklage durch Nichtigkeitserklärung er-

Digitized by Google

folgt (BGB. §§ 1329, 1341 ff.), sei es mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils (das. § 1564), während bei einer gemäß § 1575 ausgesprochenen bloßen Aufhebung der ehel. Gemeinschaft, die das Band der Ehe bestehen läßt, das Angehörigkeitsverhältnis fortdauert; die entgegengesetzte Auffassung würde dem Geiste dieses Instituts entgegen sein (vgl. § 1576[1]).

23) „Geschwister (§ 173$_2$) und deren Ehegatten"; das Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnis in der Seitenlinie begründet nur in beschränktem Umfange die Angehörigkeit.

a) Was die Seitenverwandtschaft anbetrifft, so kommt nur die nächste, d. h. bis zum zweiten Grade (BGB. § 1589) einschließlich, in Betracht, mag sie auf Vollbürtigkeit oder Halbbürtigkeit, auf ehelicher oder außerehelicher Abstammung beruhen; so die GM. Deshalb sind Neffen und Nichten im Verhältnisse zu Onkel und Tanten, oder umgekehrt, keine Angehörige; Berlin 27. März 74, 14. Jan. 75, O. 15 193, St. 4 379.

b) Auch die Angehörigkeit durch Verschwägerung in der Seitenlinie beschränkt sich auf den zweiten Grad (BGB. § 1590); nur die Schwäger und Schwägerinnen im e. S. sind Angehörige; die Ehemänner zweier Schwestern oder die Ehefrauen zweier Brüder stehen deshalb nicht im gegenseitigen Verhältnis von Angehörigen; RG. I 13. Dez. 86 E. 15 78, III 22. Okt. 03 G. 51 47, Berlin 13. Nov. 72 O. 13 591. Ebensowenig sind zusammengebrachte Kinder (die durch Schwägerschaft, nicht durch Verwandtschaft, in Verbindung stehen) Angehörige voneinander; Berlin 12. März 79 O. 20 135, Binding Hb. 1 787 N. 96, Oppenh.-O. N. 13, v. Schwarze N. 9. Wegen des Falles der Auflösung der Ehe vgl. N. 19$_2$.

Selbstverständlich bilden aber die „Geschwister und deren Ehegatten" derartig einen Kreis von Angehörigen, daß das Angehörigkeitsverhältnis gegenseitig besteht. Wenn A und B Geschwister sind und C der Ehemann der B ist, so ist nicht nur C ein Angehöriger des A, sondern auch umgekehrt A ein Angehöriger des C; denn A und B sind Geschwister, C aber ist der Ehemann der B, folglich sind A und B sowie C, zusammen betrachtet, „Geschwister und Ehegatten des einen derselben", also Angehörige untereinander; so: zit. RG. G. 51 47, Binding Hb. 1 787, Frank N. III; aM.: Geyer HH. 4 93, H. Meyer S. 287 N. 20, v. Schwarze N. 9, aus deren Ansicht allerdings die wunderbarsten Folgerungen sich ergeben.

24) „Verlobte"; unter Verlobten sind, wie nach BGB. § 1297, Personen zu verstehen, die gegenseitig ein beiderseits ernstlich gemeintes, auf Verheiratung abzielendes Versprechen sich gegeben haben. So RG. III 28. Jan. 84, 30. Dez. 01, E. 10 117, 35 49, RMG. II 20. Nov. 02 E. 4 42, Binding Hb. 1 787 N. 98, Frank N. III 1, Oppenh.-O. N. 17. Ist hiernach im Gegensatz zu einem bloßen Liebes- o. Konkubinatsverhältnis (vgl. RG. II 10. Juli 80 N. 2 182 btr. StPO. § 51[1]) ein gegenseitiges Eheversprechen erforderlich, also eine Willenseinigung über die demnächstige Begründung des familienrechtl. Verhältnisses der Ehe, so ist dabei Voraussetzung, daß sie mit den allg. Grundsätzen über die Rechtsgültigkeit von Willenserklärungen u. Verträgen zur Begründung von Rechtsverhältnissen nicht in Widerspruch trete, obschon in umgekehrter Richtung BGB. § 116 strafrechtlich keine Geltung beanspruchen kann. Deshalb bedarf der Minderjährige zu einem Verlöbnis der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (BGB. § 107); so anscheinend auch Frank aO.; aM. aber Oppenh.-O. aO. Ebendeshalb ist einer Eheberedung die Anerkennung zu versagen, die dem Gesetz o. den guten Sitten zuwiderläuft; dabei ist es gleichgültig, ob dies für solche an sich o. aber nur deshalb anzunehmen ist, weil sie vom Eintritt einer unerlaubten o. unsittlichen Bedingung in Abhängigkeit gesetzt ist; RG. II 12. Mai 93 E. 24 155. Ein „bedingtes" Eheversprechen begründet überhaupt kein Verlöbnis; RG. III 28. Apr. 02 G. 49 266 sowie sachlich übereinstimmend I 1. Apr. 86 E. 14 7 (beide btr. StPO. § 51[1]) für den Fall des Eheversprechens, sobald die noch bestehende Ehe geschieden sei.

Mit der Auflösung einer Verlobung ist selbstverständlich auch die bestandene Angehörigkeit aufgehoben.

Digitized by Google

Prozessuales. N. 25.

25) Formell, d. h. i. S. der StPO. §§ 262, 266 enthält § 52 einen strafausschließenden Umstand (N. 1), dagegen nicht einen strafaufhb. Umst. i. S. der StPO. § 295$_2$.

Die N. 15—17 zum § 51 finden deshalb auch hier entsprechende Anwendung.

§. 53.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Nothwehr geboten war.

Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden.

Die Ueberschreitung der Nothwehr ist nicht strafbar, wenn der Thäter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist.

PrStGB. § 41. Entw. I § 48, II § 51.

Entstehungsgeschichte. N. 1.

1) Der § 53 ist, wie die Motive ausdrücklich hervorheben, dem § 41 PrStGB. nachgebildet und stimmt mit diesem im Abs. 1 und 2 fast wörtlich, dem Sinne nach aber ganz überein, während der Abs. 3 des § 41 PrStGB. lautete:

„Der Notwehr ist gleichzuachten, wenn der Täter nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist."

Abweichend vom PrStGB. enthielt § 48 Entw. I noch die im Entw. II wieder fallen gelassene Generalklausel „oder anderen ähnlichen Geisteszuständen".

Mit Abs. 2 stimmt jetzt BGB. § 227 Abs. 2 wörtlich überein.

Zu § 53 Absatz 1. N. 2 u. 3.

2) Wenn man die im Abs. 2 von der „Notwehr" gegebene Begriffsbestimmung an die Stelle dieses im Abs. 1 gebrauchten Ausdrucks setzt, so erhält man den Satz: „Eine strafb. Hdlg. ist nicht vorhanden, wenn die Hdlg. durch diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden, geboten war". Hieraus folgt, daß nur das entscheidend ist, ob die qu. Handlung bzw. Unterlassung (§ 51 N. 3$_3$) durch die näher charakterisierte Vertheidigung geboten war, während die Anwendung des § 53 nicht dadurch bedingt ist, daß die Vertheidigung selbst behufs Abwendung des Angriffs erforderlich war und nicht etwa ein anderes Mittel, wie namentl. die Flucht oder Anrufung obrigkeitlicher Gewalt, zur Erreichung des gleichen Zweckes freistand (vgl. Goltd. Mat. I 361 f., 419 f.). Es ist also nicht notwendig, daß die Notwehr selbst geboten war; das ist vielmehr niemals der Fall, da die Notwehr nicht eine Pflicht, sondern nur ein Recht ist. So: Binding Hb. I 732, Birkmeyer Enzykl. S. 1120, Finger I 390, insbs. N. 495, Hälschner I 478, 481, H. Meyer S. 280 N. 25, Frank N. II, Rubo N. 2, 3. AM.: Dresden 7. Juli 73, München 10. Mai 78, St. 3 82, 8 76, Geyer I 82, HH. 4 95 N. 7 u. HRl. „Notw.", v. Wächter S. 176, Oppenh.-D. N. 3. Eine Mittelstellung nehmen Schütze S. 110 u. v. Schwarze N. 5, 8, 9 ein, indem sie Notwehr bei vorhandenem „nichtverletzenden und ausreichenden Abwendungsmittel" bzw. „obrigkeitlichem Schutze" für ausgeschlossen erachten, dagegen nicht durch die Möglichkeit der Flucht; in diesem Punkte grundsätzlich ebenso RG. IV 16. Nov. 97 E. 46 31, während RG. II 13. Mai 87 E. 16 69 ausführt, es habe bei der Entstehung des PrStGB. § 41, der mit Ausdehnung auf strafb. Hdlgen jeder Art in den § 53 übernommen worden sei, eine auf die konkrete Lage des Falles Gewicht legende Mittelmeinung sich gebildet, für welche auch gesetzgeberische u. praktische Rücksichten sprächen (ähnlich v. Buri GS. 30 468); freilich hat RG. II 27. Sept. 87 R. 9 471 angenommen, daß die Flucht als Mittel, dem Angriffe zu entgehen, nicht in Betracht komme, wenn dadurch zugleich Interessen preisgegeben werden müßten (wie z. B. der Ehre o. des Vermögens), zu deren Schutz das Recht der Selbstverteidigung gegeben sei; vgl. auch RG. I 2. Mai 01 E. 48 304, das alle drei vorzitt. RG. miteinander vereinigt. Vgl. übrigens u. N. 11$_3$.

Digitized by Google

3) Beim Vorliegen der Voraussetzung des Abs. 1 ist nicht bloß subjektiv die Strafbarkeit der Hdlg. ausgeschlossen, sondern es liegt überhaupt der Tatbestand einer strafb. Hdlg. nach keiner Richtung vor, indem es vielmehr um eine rechtmäßige Selbstverteidigung (vgl. L. I Abschn. 4 N. 9 f) sich handelt; so die GM., selbst Schütze S. 107, 160 N. 18 u. G. 21 166, während Herzog auch hier auf seiner o. N. 13 zu § 51 charakterisierten Ansicht beharrt.

Zu § 53 Absatz 2. N. 4—13.

4) Bei der „Notwehr" ist zu unterscheiden der Stand der Notwehr an sich, der vorhanden ist, wenn die Erfordernisse des Rechts zur Notwehr vorliegen (N. 5—10), sowie die Ausübung der Notwehr, wenn man im Stande der Notwehr ist (N. 11—13).

5) Der Stand der Notwehr (N. 4) erfordert zunächst einen „Angriff", was nicht in der engsten Bedeutung des Wortes als körperliches Anfassen zu verstehen ist, sondern allgemein ein angriffsweises Vorgehen seitens eines lebenden Wesens (N. 6) bezeichnet; vgl. auch §§ 113, 117, 118, 227, 367[10]. Die Einwirkung bloßer Naturgewalt stellt deshalb einen Angriff, der Betätigung eines Willens erfordert, nicht dar. Durch eine reine Unterlassung, insbs. ein bloßes Nichtleisten, kann der Begriff nicht erfüllt werden; RG. III 6. Juni 89 E. 19 298 (btr. passives Verhalten der Inhaber einer Mietswohnung nach Erlöschen des Mietsrechtes), Binding Hb. 1 736, Hälschner 1 485 N. 1, Merkel S. 162, Frank N. 1, Rüd.-St. N. 7, Stammler Notstd. S. 4 N. 1.

Der § 53 hat nicht bloß einen gegen die Person eines anderen gerichteten Angriff im Auge, sondern es kommt, wie die Motive hervorheben, „bei der Allgemeinheit des Ausdrucks" jeder Angriff „auf Leib, Leben, Ehre oder Vermögensgegenstände" in Betracht; „Angriff" ist daher namentl. nicht auf ein die Körperverletzung oder körperliche Überwältigung eines anderen bezweckendes Handeln zu beschränken, sondern mit einem den Eingriff in die Rechtssphäre (im weitesten S.) einer anderen Person bezweckenden Handeln gleichbedeutend; so die GM., insbs. RG. II 30. Sept. 84 N. 6 576. Dementsprechend wurde im einzelnen Notwehr für zulässig erachtet gegen: eine Pfändung (RG. I 13. Jan. 81 E. 3 222), einen Angriff der Ehefrau gegen Sachen des Ehemannes bei schwebendem Scheidungsprozesse (RG. II 20. Apr. 83 E. 8 210), Beleidigungen (RG. I 24. Nov. 90, 14. Dez. 96, E. 21 168, 29 240).

Liegt ein solches Handeln nicht vor, was im wesentlichen tatsächlich zu beurteilen ist, so fehlt es an einer notwendigen Voraussetzung. Keineswegs ist ein Angriff begrifflich da ausgeschlossen, wo der Angreifende durch seine Hdlg. bereits den, einen Eingriff in die fremde Rechtssphäre enthaltenden, Tatbestand einer strafb. Hdlg. erfüllt hat, wie z. B. der Dieb durch Wegnahme der fremden Sache, vielmehr ist es tatsächlich zu beurteilen, ob der Angriff bereits sein Ende gefunden hatte oder noch fortdauerte (vgl. N. 9a); Geyer HRl. „Notstd.", Hälschner 1 485, H. Meyer S. 289, Oppenh.-D. N. 12, v. Schwarze N. 5. Andererseits begründet der Umstand, daß jemand „zuerst angegriffen" wurde, noch nicht notwendig die Annahme eines Notwehrstandes, vielmehr müssen auch dessen übrige Voraussetzungen nachgewiesen sein; RG. IV 13. Nov. 85 N. 7 664.

6) Ein „rechtswidriger Angriff" wird für den Stand der Notwehr erfordert.

Für die Frage, was darunter zu verstehen sei, kommt allein der Standpunkt des Angegriffenen in Betracht; das Notwehrrecht steht dem zu, der in seinem Rechte verletzt wird; das besagt auch das Wort „rechtswidrig", welches die Richtung des Angriffs bezeichnet. Ob der Angriff subjektiv gegen eine Norm verstößt, also ein Delikt enthält, ob er den Tatbestand eines Verbrechens darstellt oder gar ob er in concreto strafbar ist, erscheint gleichgültig. Der Angriff, gleichgültig an welchem Orte er erfolgt, ob z. B. in einer Kirche (das N. 5, zit. RG. E. 29 240), muß nur ein solcher sein, den der Angegriffene nicht von Rechts wegen über sich ergehen zu lassen braucht. So RG. II 19. Feb. 95 E. 27 44, Binding Lb. 1 735 ff., Birkmeyer Enzykl. S. 1120, Finger 1 385, 387, v. Liszt S. 146, Frank N. 12, Rubo N. 7, Sommerlad G. 34 364, Bauke Zulässigkt d. Notw. S. 28, Löffler ZStrW. 21 538. Die überwiegende Meinung (vgl. auch Berlin 19. Dez. 77 O. 18 803) nimmt an, daß ein rechtswidriger Angriff als Subjekt einen zurechnungsfähigen Menschen verlange,

Digitized by Google

gelangt damit jedoch zu unhaltbaren Konsequenzen (vgl. Binding aO.). Eine Mittelmeinung vertritt Merkel S. 163, es sei nur an die Angriffe von Menschen, wenn auch unzurechnungsfähiger, zu denken, auch an solche, welche mittels Tiere ausgeführt werden; ebenso nunmehr mit Recht in Rücksicht auf die auch im Gebiete des Strafrechts beachtlichen Vorschriften des BGB. §§ 227, 228 auch RG. I 17. Juni 01, III 30. Apr. 03, E. 34 295, 36 230, wonach die Abwehr gegen — selbständig — angreifende Tiere nach § 303 i. V. mit BGB. § 128 sich beurteilt; ferner: Finger 1 387 f., v. Lilienthal S. 41, Lucas S. 172, Schmidt DJZ. 5 149. Vgl. übrigens die Sondervorschrift des VogelschutzG. v. 22. März 1888 § 5_2.

Notwehr ist deshalb auch zulässig gegen rechtswidrige Angriffe sog. Exterritorialer (Finger 1 385, v. Liszt S. 145, Beling Exterritorialität S. 170), desgl. der Volksvertreter in Ausübung des Berufes; §§ 3 N. 21, 11 N. 5aa. Dagegen ist die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber den Trägern der Souveränität (§ 3 N. 19a) zu verneinen, weil damit der Grundsatz der Unverletzlichkeit beseitigt sein würde; so: Binding Hb. 1 738, Döhn ZStrW. 21 522; aM.: Finger 1 386, Frank N. 1 2.

7) Dadurch, daß der Angriff seitens des Angegriffenen, sei es fahrlässig oder sogar vorsätzlich, verschuldet wurde, wird an sich die Rechtswidrigkeit des Angriffs noch nicht beseitigt (vgl. dagegen § 54 N. 7); so die GM., während die Motive das Requisit des „unverschuldeten" Angriffs durch das des „rechtswidrigen" mit gedeckt erachten (vgl. auch RG. II 30. Sept. 84 N. 6 576). Deshalb steht sogar dem das Notwehrrecht zu, der (ohne selbst anzugreifen) einen andern zum Angriff reizte, um ihm bei der Abwehr an den Leib zu kommen; so: Finger 1 387, Hälschner 1 480 N. 2, Merkel S. 163, H. Meyer S. 263, Frank N. 1 2, auch Binding Normen 2 204 (mit Rücksicht auf das aus § 54 sich ergebende argumentum e contrario); aM.: Rüb.-St. N. 10, Oppenh.-D. N. 7.

8) Notwehr ist ausgeschlossen, wenn der Angegriffene den Angriff von Rechts wegen über sich ergehen lassen mußte; Binding Lb. 1 740; vgl. auch Finger 1 385. Demgemäß ist Notwehr nicht zulässig gegen eine als Gegenangriff sich darstellende Ausübung der Notwehr (N. 12d), ferner nicht gegen die berechtigte Ausübung des Amtes, insbs. Maßregeln o. Anordnung einer Obrigkeit (RG. IV 8. März 92 E. 39 440, II 27. Feb. 94 E. 25 150, Berlin 27. Mai 75 O. 16 391; vgl. btr. Selbsthilfe § 54 N. 10), bzw. des Züchtigungsrechtes seitens der Eltern, Vormünder, Lehrer 2c., wohl aber gegen Notwehrexzesse (Merkel S. 163; s. u. N. 14 ff.) und Angriffe, die eine — wenn auch auf Irrtum beruhende — Überschreitung der aus dem Amte bzw. dem Züchtigungsrechte entspringenden Befugnisse darstellen; Finger 1 387, Frank § 113 N. III.

Wegen Notwehr gegen eine Notstandshandlung vgl. § 54 N. 5_2.

9) Der Angriff muß ein „gegenwärtiger" sein; § 52 N. 10.

a) In zeitlicher Beziehung ergibt sich hieraus:

α) Der Angriff muß bereits begonnen haben; die GM. stellt dem einen „drohend oder unmittelbar bevorstehenden" Angriff gleich; allein — in dieser Formulierung — doch nicht mit Recht, da stets „nur der wirkliche, nicht bloß der mögliche" Angriff zur Notwehr berechtigt; Hälschner 1 478. Berücksichtigt man aber, daß der beginnende Angriff keineswegs schon den beabsichtigten Eingriff in die Rechtssphäre des anderen (N. 5) zu enthalten braucht (H. Meyer S. 278), daß auch „der Angriff eine zeitlich verlaufende Hdlg. ist, welche in ihrem Beginne in der Regel als eine Drohung erscheinen wird" (Hälschner aO.), so werden beide Auffassungen im praktischen Ergebnisse fast durchweg zum selben Resulate führen. Richtig Berlin 3. Dez. 74 O. 15 839.

β) Der Angriff darf noch nicht beendigt (sei es aufgegeben, fehlgeschlagen oder durchgeführt) sein; so die GM., insbs. RG. I 14. Dez. 96 E. 29 240. Zu beachten ist jedoch, daß mit dem Eingriff in die Rechtssphäre des anderen, auch wenn er bereits als die juristische Vollendung eines Delikts sich darstellt, dennoch der Angriff noch nicht beendigt zu sein braucht (N. 5 aE.); so bemerkt Hälschner 1 479 mit Recht, daß nicht das vollendete Verbrechen, sondern die vollbrachte Beschädigung die Grenze der Notwehr bilde, daß jene aber erst dann vollbracht erscheine, wenn der Angreifende von seiner rechtsverletzenden

Digitized by Google

Tätigkeit völlig abstehe; vgl. auch Binding Hb. 1 746, Finger 1 389, Merkel S. 163 u. Frank N. 11. Dagegen hält v. Liszt S. 147 Notwehr gegen einen flüchtigen Dieb nur für zulässig, wenn der Gewahrsam noch nicht völlig gebrochen ist.

b) In räumlicher Beziehung ergibt sich aus jenem Erfordernisse, daß einem zwar schon begonnenen, aber räumlich entfernten Angriffe gegenüber, von dem der Angegriffene Kenntnis erhalten hat, Notwehr ausgeschlossen ist.

Wegen Anwendung von Schutzmaßregeln, falls ein „gegenwärtigen Angriff" nicht vorliegt, vgl. N. 12c.

10) Die Abwendung eines Angriffs „von sich oder einem anderen" steht bei der Notwehr in Frage. Der „andere" kann jede beliebige Person sein; es ist nicht erforderlich, daß er ein „Angehöriger" i. S. des § 52$_2$ sei. Deshalb kann Notwehr auch zum Schutze einer juristischen Person, insbs. des Staates, sofern er „Subjekt von Rechten" ist (N. 5), stattfinden, während sie nicht ausgeübt werden darf zur Verhinderung strafb. Hdlgen als solcher; Binding Hb. 1 733, H. Meyer S. 276 f. Mit Recht hebt dieser auch hervor, daß die Abwendung des Angriffs von einem anderen ohne, ja selbst gegen dessen Willen erfolgen könne.

11) Die Ausübung der Notwehr (N. 4) besteht in „derjenigen Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen Angriff der N. 5—10 bezeichneten Art abzuwenden".

Welche Verteidigung erforderlich ist, läßt nur nach den vorliegenden konkreten Umständen, namentl. auch in Berücksichtigung der beiderseitigen Persönlichkeiten — also objektiv — sich bestimmen; die subjektive Auffassung des Angegriffenen entscheidet nicht (vgl. wegen Irrtums § 59 N. 25d$_2$); so die GM., insbs.: RG. II 28. Okt. 79, 27. Sept. 87, R. 1 23, 9 471, Berlin 15. Nov. 76 St. 7 11; aM.: Binding Hb. 1 751, Finger 1 392, v. Wächter S. 179.

Eine gewisse Verhältnismäßigkeit der zur Abwendung des Angriffs erforderlichen Verteidigung mit dem zu verteidigenden Gut wird nicht erfordert; so die GM.; aM. v. Buri GS. 30 461 sowie unter eigentümlicher Auffassung des Begriffs der „Verhältnismäßgkt." Bauke Zuläffgkt. d. Notw. S. 13 ff., ferner de lege ferenda, nicht aber de lege lata Geyer 1 81 f. Vgl. übrigens N. 2 aE.

12) Für die Frage, ob die gewählte Verteidigung in concreto erforderlich gewesen sei (N. 11), fallen deren Art und deren Maß ins Gewicht; für beide gilt der allgemeine Satz, daß dem Angegriffenen da, wo ihm ein der Art oder dem Maße nach geringeres Mittel zur Hand ist, nicht berechtigt ist, sofort das nach der einen oder anderen Richtung schwerere Mittel anzuwenden; H. Meyer S. 280.

Was speziell die Art der Verteidigung anbetrifft, so kann diese entweder in einer Hdlg. oder denkbarerweise auch in einem Unterlassen (N. 2) bestehen; Hälschner 1 485 N. 1, H. Meyer S. 281. Nicht aber darf die Verteidigung Rechte Dritter oder der Allgemeinheit verletzen; geschieht dieses, so greifen die allg. Regeln Platz; Strafloſigkeit wird also namentl. im Falle des Notstandes (§ 54) vorliegen; so: Finger 1 393, v. Liszt S. 147 N. 6, H. Meyer S. 282, Oppenh.-D. N. 11, ferner Bauke Zuläſſigkt. d. Notw. S. 42 ff. in seiner Polemik gg. das N. 5$_2$ u. 6$_2$ zit. RG. E. 21 168, das einen entgegengesetzten Standpunkt einnimmt, insofern es den Umstand, daß durch den abwehrenden Zwischenruf des Beleidigten die Andacht der versammelten Gemeinde gestört wurde, für unerheblich erachtete; im Resultate übereinstimmend auch van Calker ZStrW. 12 471 u. Frank N. 11 u. ZStrW. 14 361, welche die Verletzung eines Dritten durch eine gg. den Angreifer sich richtende Verteidigungshdlg. als einen Fall der Notwehr erachten. Unter den zur Verteidigung dienenden Handlungen kommt — außer der Bedrohung mit einem V. o. V., worüber § 240 N. 12 zu vergleichen — namentl. in Betracht:

a) Die Körperverletzung bzw. Tötung des Angreifenden; reicht jene den Umständen nach aus, so erscheint die trotzdem vorgenommene Tötung nicht als eine berechtigte Notwehrhandlung.

b) Die Vernichtung des Angriffsmittels.

c) Das Veranstalten sog. Vorbeugungs- o. Schutzmaßregeln, insbs. das

Digitized by Google

Legen von Selbstgeschossen, Fußangeln ꝛc. ist an sich straflos (vgl. jedoch § 367 9). Geschieht die Veranstaltung gegen eine bestimmte in Aussicht stehende Gefahr, so charakterisiert sie sich als Notwehrhandlung gegenüber einem gegenwärtigen (N. 9) Angriff. Aber auch gegen unbestimmte Gefahren ist sie an sich nicht verboten, vielmehr die Berechtigung zu einer solchen auf Grund der Befugnisse des Eigentümers bzw. Besitzers zu folgern; Sommerlad GS. 39 390 nimmt (gegen Rotering G. 30 418 ff.) an, daß die Schutzmaßregeln, weil sie gerade in dem Moment, in dem der Angriff unternommen werde, funktionierten, stets einem gegenwärtigen Angriffe gegenüberträten; allein zur Zeit der Veranstaltung selbst ist in diesen Fällen der Angriff noch nicht gegenwärtig, und deshalb müssen sie so eingerichtet sein, daß sie erst gegenüber einem beginnenden Angriffe in Tätigkeit treten; anderenfalls kann der Veranstalter solcher Maßregeln bei eintretenden Verletzungen Unschuldiger bzw. noch nicht zum Angriff schreitender Personen je nach Umständen als vorsätzlicher (mit Eventualdolus handelnder) oder als fahrlässiger Täter verantwortlich werden; so im wesentlichen: Binding Hb. 1 748, Finger 1 390, v. Liszt S. 146, H. Meyer S. 278, Schaper HH. 2 141 N. 1, Frank N. IV, Rüb.-St. N. 12, v. Buri Kausalität S. 95, im Resultat auch Sommerlad G. 39 382 ff.

d) Endlich ist noch hervorzuheben, daß der Angriff eine Verteidigung erforderlich machen kann, die nicht als bloße Abwehr, sondern vielmehr als Gegenangriff sich darstellt (N. 8); RG. II 30. Sept. 84, 13. Mai 87, N. 6 576, E. 16 69, III 16. Juni 92 G. 40 161, Binding Hb. 1 750, Finger 1 394, H. Meyer S. 281.

13) Auf das Motiv, weshalb dem Angriff im Einzelfalle überhaupt Verteidigung entgegengesetzt wird, kommt nichts an; so wird z. B. der als Notwehr sich darstellende Widerstand gegen eine unberechtigte Haussuchung dadurch nicht strafbar, daß durch den Widerstand zugleich der Zweck verfolgt wird, einen anderen nach Begehung einer strafb. Hdlg. zu begünstigen (§ 257); RG. II 10. Nov. 82 N. 4 804, H. Meyer S. 263. Die Konsequenz führt dahin, daß mit straffloser Notwehr auch das nebenherlaufende Motiv der Wiedervergeltung nicht unvereinbar ist; RG. II 4. Juni 97 G. 45 272.

Zu § 53 Absatz 3. N. 14—18.

14) Abs. 3 handelt von der „nicht strafbaren Überschreitung der Notwehr"; demnach bildet, was durch die gegenüber dem PrStGB. § 41 (s. o. N. 1) abgeänderte Wortfassung außer Zweifel gestellt ist, das Vorliegen des Standes der Notwehr an sich (N. 5—10) die Voraussetzung für die Anwendung des Abs. 3. Ist nicht einmal der Stand der Notwehr gegeben, so kann es nur um das Vorgeben, nicht um ein Überschreiten der Notwehr sich handeln; Binding Hb. 1 754, Hälschner 1 484, v. Schwarze N. 14.

Soll Abs. 3 Anwendung finden, so muß demnach festgestellt werden, daß ein „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff" vorlag; so die GM., insbs.: RG. II 30. Sept. 84 N. 6 576, IV 2. Dez. 90 E. 21 189, RMG. I 3. Apr. 01 E. 1 69.

15) Die straflose Überschreitung der Notwehr liegt vor, wenn der Täter „über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist". Nach der Ausführung in N. 14 kann hiermit nur gemeint sein, daß der Täter in der zur Abwendung des Angriffs erforderlichen Verteidigung der Art oder dem Maße (N. 11, 12) nach hinausgegangen sein muß; demnach hat Abs. 3 nur den sog. intensiven Exzeß im Auge, nicht aber den — in der vorzeitigen oder nachzeitigen Anwendung von Gewalt bestehenden — sog. extensiven Exzeß. So: Berner § 60, Binding Hb. 1 752, Geyer HRl. „Notw.", H. Meyer S. 282, Schütze S. 111, v. Wächter S. 180, Rüb.-St. N. 16, Oppenh.-D. N. 14, der deshalb die Fassung „über die Grenzen der gebotenen Verteidigung" für korrekter erachtet; dementsprechend hat auch Berlin 1. Juni 75 O. 16 409 verneint, daß eine Körperverletzg., welche der Angegriffene dem Angreifer nach Aufgabe des Angriffs und Ergreifen der Flucht zufügte, als entschuldbarer Exzeß der Notwehr straflos sei. AM.: Hälschner 1 481, 484, v. Schwarze N. 14.

16) Der Exzeß ist nur dann straflos, wenn der Täter „in Bestürzung, Furcht oder Schrecken" — mag er es auch bewußtermaßen, also insofern dolos, getan haben (RG. IV 2. Dez. 90 E. 21 189) — über die Grenzen der Verteidigung hinausging; wenn auch das PrStGB. § 41 (s. o. N. 1) „aus Bestürzung ꝛc." statt „in" gebrauchte, so wird man doch aus dieser veränderten Wortfassung nicht die Folgerung ableiten dürfen, daß

Digitized by Google

einer jener Geisteszustände bei der Überschreitung nur vorgelegen zu haben brauche, daß er sie aber nicht nachweisbar verursacht haben müsse; nach den Motiven, die selbst der Präposition „aus" wiederholt sich bedienen, ist eine sachliche Abänderung gegenüber dem PrStGB. überhaupt nicht beabsichtigt; es scheint vielmehr jener Wechsel im Gebrauche der Präposition lediglich durch die N. 14 bemerkte redaktionelle Änderung unbeabsichtigt mit veranlaßt zu sein; Oppenh.-D. N. 16, Rubo N. 13, v. Schwarze N. 14 A. 3.

17) Die Aufzählung der Geisteszustände ist eine abgeschlossene, wie nicht nur aus dem Wortlaute und der ausdrücklichen Bemerkung der Motive, sondern namentl. auch aus der Entstehungsgeschichte (N. 1 aE.) sich ergibt; so die GM., insbs. RG. II 8. Feb. 87 N. 9 120. Soll ein Geisteszustand strafausschließend wirken, so muß er unter einen jener drei Zustände sich bringen lassen.

18) Die Überschreitung der Notwehr wird, unter den bezeichneten Voraussetzungen (N. 15, 16), für „nicht strafbar" erklärt, womit hier, wie nicht zweifelhaft, lediglich bezeichnet wird, daß der Exzeß einen individuellen Strafausschließungsgrund nur für den „Täter" bilde, der aus einem der angegebenen Gründe über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist; RG. VI JS. 27. Juni 88 E. JS. 21 295. Der Exzeß bleibt sonach eine „strafbare Handlung" i. w. S. (T. I Abschn. 3 N. 6).

Demnach sind auch die Teilnehmer an dem Exzeß, bei denen jener Strafausschließungsgrund nicht vorlag, strafbar. So: v. Liszt S. 148, 230, Oppenh.-D. N. 14, Rüd.-St. N. 16, Schütze G. 21 166 N. 2, Birkmeyer Teiln. S. 156.

Zu § 53 Absatz 1—3. N. 19, 20.

19) Wegen Anwendung des § 53 bei irrtümlicher Nichtkenntnis seiner Voraussetzungen vgl. § 59 N. 24b, wg. Straflosigkeit bei putativer Notwehr, und zwar sowohl bei vorsätzlichen als auch bei fahrlässigen Hdlgen vgl. § 59 N. 25$d_{2,3}$.

20) Wenn auch die Materie der Notwehr im § 53 geregelt ist, so sind doch die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Erstattung einer Anzeige über Verwundungen oder Tötungen bei Ausübung oder Überschreitung der Notwehr bei Strafe vorschreiben, nicht für aufgehoben zu erachten, da diese die Straflosigkeit der Notwehr oder ihres Exzesses nicht berühren; so: Berner S. 114, Schütze S. 112; aM. H. Meyer S. 281 N. 39.

Prozessuales. N. 21.

21) Formell, d. h. i. S. der StPO. §§ 262, 266, enthält § 53, sowohl in den von der Notwehr handelnden Abs. 1 u. 2 als auch in dem die Überschreitung der Notwehr betreffenden Abs. 3, einen „strafausschließenden Umstand" (N. 3 u. 18), dagegen nicht einen strafaufhb. Umst. i. S. der StPO. § 295$_2$.

Die N. 15—17 zum § 51 finden deshalb auch hier entsprechende Anwendung; vgl. insbs. RG. IV 13. Nov. 85 N. 7 664, es sei auf Freisprechung zu erkennen, wenn das Gericht nicht in der Lage sei, hinsichtl. der behaupteten Notwehr eine negative Feststellung zu treffen, ferner III 1. Dez. 84 E. 11 277, welches die Unstatthaftigkeit einer Nebenfrage dir. Notwehr oder straflose Überschreitung der Notwehr im schwurgerichtl. Verfahren ausspricht, mit der Ausführung, daß der Exzeß der Notwehr nach dem System des StGB. der wirklichen Notwehr hinsichtlich des Begriffes eines die Schuld selbst im Moment der Tat ausschließenden Umstandes völlig gleichstehe, keinesfalls aber als ein nach Verübung der Straftat die Strafbarkeit „wieder aufhebender" Umstand wirksam werde.

§. 54.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Nothwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Nothstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 52.

1) Der Notstand hatte im PrStGB., dem demnächst der Entw. I sich anschloß, eine ausdrückliche Erwähnung nicht gefunden, wurde aber dennoch als ein Strafausschließungs-

Digitized by Google

grund anerkannt; Goltd. Mat. I 413, Oppenh. PrStGB. § 40 N. 14, 15. Nach den Motiven wurde jedoch in den Entw. II eine besondere Vorschrift über den Notstand aufgenommen, „da derselbe weder in dem Begriffe der Notwehr mit aufgeht, noch auch als Grund der Unzurechnungsfähigkeit behandelt werden kann".

2) Der Gesetzgeber hat den Begriff des Notstandes in denjenigen der Notwehr (§ 53) nicht nur nicht aufgehen lassen (N. 1), sondern gerade umgekehrt den Notstand als den weiteren Begriff hingestellt, unter welchen die Notwehr mit fällt; denn da § 54 von einem Notstand „außer dem Falle der Notwehr" spricht, so wird letztere auch als ein Notstand angesehen. Diese Ausdrucksweise mag in einem weiteren, nichtjuristischen, Sinn richtig sein, technisch wäre sie besser vermieden, da die Worte „außer dem Falle der Notwehr" überflüssig und für die Feststellung eines Notstandes bedeutungslos sind; Binding Hb. I 768, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 2; vgl. auch van Calker ZStrW. 12 467.

3) Der nahe innere Zusammenhang des § 54 mit der von der „Drohung" handelnden Alternative des § 52 (das. N. 14) ist unverkennbar. Hier wie dort liegt für den „Täter" ein Notstand vor, indem jener durch eine „auf andere Weise nicht abwendbare" (§ 52) bzw. „nicht zu beseitigende" (§ 54) „gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben" „seiner selbst" (§ 52) bzw. „des Täters" (§ 54) „oder eines Angehörigen" zur Vornahme der „Handlung" genötigt wurde (vgl. deshalb § 52 N. 7—13 bzw. 16 ff.). Bedient der § 54 sich auch nicht, gleich dem § 52, der Ausdrücke „Drohung" (§ 52 N. 6) und „nötigen" (§ 52 N. 2, 14), so verlangt doch § 54, wie aus den Worten „zur Rettung" hervorgeht, sachlich einen gleichen Kausalzusammenhang zwischen der drohenden „Gefahr" und der „Handlung", die hier wie dort das Ergebnis eines „Notstandes" ist.

Übrigens ist i. S. des § 54 stets der Täter selbst als im Notstande befindlich anzusehen; denn die Handlung muß „in einem Notstande" begangen sein, also der Täter — und nicht etwa bloß unter Umständen der „Angehörige" — in einem solchen sich befunden haben; aM. Binding Hb. I 786 u. Rubo N. 3, die stets den Bedrohten als im Notstande befindlich betrachten, während nach Binding derjenige, der einen bedrohten Angehörigen retten will, nur in mittelbarem Notstande sich befindet.

Wie im Bedrohungsfalle des § 52 (das. N. 14), so ist hiernach auch im Falle des § 54 das Vorliegen einer Hdlg. im Rechtssinne und somit eines Deliktstatbestandes anzunehmen, um so mehr, als auch die Motive (N. 1) verneinen, daß der Notstd. des § 54 als Grund der „Unzurechnungsfähigkeit" behandelt werden könne. Somit stellt § 54 ebenfalls auch materiell, nicht bloß formell (N. 12), nur einen Strafausschließungsgrund auf und zwar gleichfalls einen höchstpersönlichen, die Möglichkeit einer straſb. Teilnahme bestehen lassenden; so: Binding Hb. I 766, 784 ff., Finger I 421, 425, Birkmeyer Teiln. S. 157; die GM. nimmt auch hier einen Schuldausschließungsgrund an.

4) Der Unterschied von dem im § 52 behandelten Falle des Notstandes liegt darin, daß § 52 (das. N. 2_3) eine Gefahr im Auge hat, die auf der Drohung einer zurechnungsfähigen Person beruht, während § 54 eine auf juristisch zufälligen Ereignissen beruhende — objektive — Gefahr voraussetzt. Ist man auch darüber einig, daß ein Notstand i. w. S. (N. 3) sowohl durch Naturkräfte als auch durch Hdlgen eines Zurechnungsfähigen herbeigeführt werden könne (vgl. z. B. Binding Hb. I 769, Geyer HRl. „Notst.", v. Wächter S. 137, Frank N. I 3), so kann doch der positive Unterschied zwischen dem Notstandsfalle des § 52 und dem im § 54 behandelten Notstande i. e. S. nur in jener Weise bestimmt werden. So: Berner S. 105, Finger I 426, Hälschner I 493, H. Meyer S. 287, Oppenh.-D. § 52 N. 3, Stammler Notstd. S. 85. AM.: Binding Hb. I 777 u. Geyer I 106, die einen „durch widerrechtlichen Angriff" herbeigeführten Notstand, auch abgesehen von der Drohung im Falle des § 52, annehmen; ferner Frank N. II.

5) Zu der Notwehr (§ 53) bildet der Notstand i. S. des § 54 einen Gegensatz; denn während dort der im Rechte befindliche Angegriffene dem Unrechte gegenübersteht (§ 53 N. 6), liegt eine solche Gegenüberstellung des Rechts und Unrechts beim Notstande nicht vor. Der im Notstande Handelnde wehrt nicht ein Unrecht ab, sondern verletzt sogar ein fremdes Recht. Deshalb gibt es — von den N. 10 angedeuteten Ausnahmefällen ab-

Digitized by Google

gesehen — ein Notrecht nicht. So: Berner S. 106 (für das StGB.), Finger 1 418 ff., insbs. N. 544, Geyer 1 106, Hälschner 1 488, 492, v. Wächter S. 139. AM.: Stammler Notstd. S. 74, Göb G. 28 185, ferner namentl. mit Rücksicht auf die Bestimmungen des BGB. über Notstand: v. Liszt S. 149 f., Frank N. III, während Binding Hb. 1 765 u. H. Meyer S. 284 die Notstandsverletzg. als eine rechtlich irrelevante Hdlg. ansehen. Demnach kann ein Notwehrstand nicht zugleich einen Notstand i. S. des § 54 begründen (so jedoch Geyer 1 107), wohl aber kann ein zur Notwehr berechtigender Angriff zugleich eine Drohung i. S. des § 52 enthalten, also einen Notstand i. w. S. begründen und eine in demselben vorgenommene Handlung, wenn sie auch nicht gegen den Angreifer sich richtet, straflos machen; vgl. v. Wächter S. 138.

Die Konsequenz der Verneinung eines Notrechts ist die Zulässigkeit von Notwehr gegen eine Notstandshdlg. So: Berner S. 104, 106 (für das StGB.), Binding Hb. 1 766, Finger 1 394, 421 N. 548, 426, Hälschner 1 492, H. Meyer S. 289, Frank N. III, Rüd.-St. N. 4. AM. Göb aO. u. v. Liszt S. 145 (die Notstandshdlg. könne aber auf seiten der durch sie Bedrohten einen zweiten Notstd. begründen), ferner RG. I 5. Mai 92 E. 23 116, das (in Übereinstimmung mit BGB. § 904) Gegenwehr gg. einen zur Rettung aus einem Notstande auf das Eigentum eines Dritten ausgeführten Angriff nur zuläßt bei Verhältnismäßigkeit des Wertes des Eigentums u. der dem im Notstande Befindlichen drohenden Gefahr; vgl. dazu Beling ZStrW. 18 274 ff., der trotz Bemängelung der Begründung im wesentlichen zum selben Resultat kommt („Güterabwägungstheorie"). Soweit man auf Grund besonderer Gesetze ausnahmsweise ein wahres Notrecht für gewährt ansieht, ist folgeweise die Zulässigkeit der Notwehr gegen dessen Ausübung zu verneinen; Berner S. 104, Binding aO.

6) Die Notstandshandlung ist straflos, gleichgültig, welcherlei Recht durch sie verletzt sein möge, also namentl. nicht bloß bei Verletzungen von Normen des Privatrechts, sondern auch von solchen des öffentlichen Rechts; so bleibt z. B. eine zur Beseitigung der drohenden Gefahr des Einsturzes eines Gebäudes vorgenommene Hdlg. straflos trotz der in ihr liegenden Verletzung einer Verordnung über Sonntagsheiligung.

Die Auffassung, daß im Notstande stets ein höheres Recht auf Kosten eines geringeren sich zu erhalten suchen müsse, hat im Strafgesetzbuch selbst — trotzdem die Motive sie vertreten — keinen Ausdruck gefunden (vgl. dagegen BGB. § 228); die Notstandshdlg. ist vielmehr auch dann straflos, wenn durch sie ein gleiches oder gar ein höheres Recht verletzt wird, so die Tötung eines Genossen bei gemeinschaftlicher Lebensgefahr oder die eines Unzurechnungsfähigen, obschon dem Täter nur für seinen „Leib" Gefahr drohte. So: Finger 1 425, Hälschner 1 500, v. Liszt S. 152, H. Meyer S. 288, Schütze S. 114 N. 9, Frank N. II, Rubo N. 13, Rüd.-St. N. 5, Stammler Notst. S. 62. AM.: Berner S. 106, Oppenh.-D. N. 7.

7) Der Notstand muß ein „unverschuldeter" sein; RG. II 11. Jan. 88 N. 10 51 (Notstd. i. S. des § 54 sei zu verneinen bei der selbstverschuldeten Zwangslage, in die ein versicherter Brandstifter bei der — betrügerischen — Brandschadenliquidation sich setze). Dieses, bei der Notwehr (§ 53 N. 7) nicht aufgestellte, Erfordernis rechtfertigt sich hier daraus, daß die Notstandshdlg. des § 54 stets eine Rechtsverletzung enthält (N. 5). Eine Übertragung dieses Erfordernisses auf den Bedrohungsfall des § 52 (das. N. 14) erscheint unzulässig.

a) Was zunächst die Frage anbetrifft, wessen „Verschuldung" maßgebend sei, so muß der Ausdruck notwendig auf den „Täter" bezogen werden; denn nur dieser befindet sich überhaupt nach Auffassung des Gesetzes in einem Notstande (N. 3_2). Demnach ist es gleichgültig, ob der „Angehörige", dessen Rettung bei der sog. Notstandshilfe in Frage steht, sich verschuldeterweise in die Gefahr gebracht hat; es erscheint dies auch prinzipiell richtig, da der Täter bei der Nähe des Angehörigkeitsverhältnisses dadurch, daß der Angehörige selbst die Gefahr verschuldet hatte, in der Regel in seiner Handlungsweise sich nicht beeinflussen lassen wird, obschon andererseits (mit Hälschner 1 497) ein ausreichender Grund, die Straflosigkeit dann auszuschließen, „wenn der Täter in einem von ihm verschuldeten

Digitized by Google

Notstande zur Rettung eines schuldlosen Angehörigen eine solche Handlung verübt", für vorliegend nicht erachtet werden kann. So außer Hälschner: Finger 1 423, H. Meyer S. 288, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 3, Rotering G. 31 265. AM. Binding Hb. 1 788 (anders jedoch S. 785 btr. der zur Obsorge für Leib u. Leben anderer Verpflichteten) u. Normen 2 203, ferner Frank N. 1 3, (mit dem Hinzufügen, das mangelnde Bewußtsein von dem Verschulden des Angehörigen schließe jedoch auf seiten des Täters den Vorsatz aus). Dagegen kann nach dem eingangs Bemerkten derjenige, der den Notstand eines Angehörigen selbst verschuldet hat, für seine Rettungshdlg. Straflosigkeit nicht in Anspruch nehmen; Finger 1 424.

b) Für die Frage, *wann* eine „Verschuldung" (vgl. § 213 N. 3 b) des Notstandes durch den Täter (a) als vorliegend anzunehmen sei, kommen zunächst die *allgemeinen Grundsätze über Verursachung* (vgl. T. I Abschn. 3 N. 1 ff.) in Betracht. Nur wenn die Verursachung seitens des Täters zu bejahen ist, kommt weiter in Frage, ob die *Verursachung durch seine Verschuldung* anzunehmen sei; abgesehen von den Fällen der *vorsätzlichen* Veranlassung der Gefahr wird also „Verschuldung" nur anzunehmen sein, wenn dafür zu erachten ist, daß die Gefahr „durch *Fahrlässigkeit* verursacht" worden sei (vgl. §§ 222, 232, auch § 59$_2$ „durch Fahrlässigkeit verschuldet"); hierfür aber ist es von Erheblichkeit, ob die Gefahr eine *unmittelbare* oder nur eine *mittelbare* Folge der verursachenden Tätigkeit war. So im wesentlichen die GM., während Binding Hb. 1 777 u. Normen 2 460 N. 665 annimmt, daß der Gesetzgeber lediglich „Schuldsein" und „Ursachesein", genauer „in zurechenbarer Weise Ursachesein", gleichstelle (übrigens aber den Notstd. nur dann für einen verschuldeten erachtet, wenn er ohne Rechtsgrund verursacht sei), Rubo N. 8 aber — prinzipiell richtig — betont, daß auch die „mittelbare Verschuldung" den § 54 ausschließe; vgl. übrigens auch Finger 1 423, insbs. N. 552.

8) Die Frage, ob eine Hdlg. als Notstdshdlg. straflos sei, ist im wesentlichen *Tatfrage*. Nach der konkreten Sachlage kann auch die vom Arzte *zur Rettung einer Gebärenden* vorgenommene Zertrümmerung des Kopfes eines im Mutterleibe lebenden Kindes oder gar die Tötung eines in der Geburt begriffenen Kindes als straflose Notstdshdlg. sich darstellen, dann nämlich, wenn jene zufällig eine „Angehörige" des Arztes war; keineswegs aber läßt die Straflosigkeit einer solchen Hdlg. allgemein auf einen „Notstand" sich gründen; denn es ist nur eine leere Fiktion, daß der Arzt lediglich als Werkzeug von der Mutter sich brauchen lasse; so, jedoch gegen die GM., v. Schwarze N. 9. Vgl. T. I Abschn. 4 N. 9 d sowie §§ 211 N. 4$_3$, 218 N. 4.

Die Beantwortung der Frage im Einzelfalle hängt aber auch noch von *gewissen rechtlichen Gesichtspunkten* ab, die im § 54 nicht angedeutet sind; es kann nämlich einmal eine Hdlg., die in einem „Nothstande" i. S. des § 54 begangen wurde, dennoch nicht straflos sein (N. 9), dann aber auch umgekehrt eine Hdlg., weil im Wesen als Notstdshdlg. sich darstellend, straflos sein, obgleich die Erfordernisse des § 54 nicht vorliegen (N. 10).

9) Eine Hdlg., welche — wenigstens dem äußeren Anschein nach — in einem Notstande i. S. des § 54 begangen wurde, ist *dennoch strafbar*:

a. wenn der „*Notstand*" selbst als eine rechtliche Institution sich darstellt, wie z. B. die Vollstreckung der Todesstrafe in Gemäßheit der StPO. § 485 oder die Vollziehung einer Leibesstrafe an einem Zuchthaussträfling in Gemäßheit der bestehenden Disziplinarvorschriften;

b. wenn der „*Täter*" oder sein „*Angehöriger*" durch eine ihm obliegende Amts- oder Dienstpflicht gehalten ist, der drohenden Gefahr gegenüber seinen Leib oder sein Leben einzusetzen; so die GM. Keineswegs aber ist jede Amtspflicht dahin aufzufassen, daß sie unter allen Umständen erfüllt werden müsse; das gilt vielmehr wesentlich nur in gewissem Umfange für Militärpersonen auf Grund des MStGB. sowie für die Schiffsmannschaft auf Grund der SeemannsO.; so: Berner 106, Binding Hb. 1 780 f., Geyer 1 107, Hälschner 1 498 N. 2, Frank N. IV, Stammler Notstd. S. 72 f., Göb G. 28 185. Kann aber auch in solchen Fällen die Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht nicht dadurch straflos werden, daß sie das einzige Mittel war, vor der drohenden Leibes- oder Lebensgefahr sich zu schützen, so wird doch unter Umständen auch in diesen, namentl. aber in anderen Fällen obliegender Amts-

Digitized by Google

pflicht straflos ein fremdes Recht verletzt werden dürfen, welches mit dem bedrohten nicht gleichwertig ist; so darf der Feuerwehrmann ohne Zweifel straflos das Haus eines anderen beschädigen, wenn er die seinem Leib oder Leben drohende Gefahr auf andere Weise nicht beseitigen kann; die Entscheidung kann nur „in Rücksicht auf die besondere Natur des Pflichtverhältnisses und die gegebenen Umstände" getroffen werden; vgl. Hälschner 1 501 f.

10) Ein „Nothstand" kann auch unter anderen Voraussetzungen vorliegen, als wie sie positiv im § 54 (bzw. im § 52) aufgestellt worden sind; so kann es namentl. auch einen Notstand durch Gefährdung anderer Güter als „Leib oder Leben" geben. Das StGB. selbst erkennt einen Notstand durch Gefährdung des „Eigentums" im § 313, als strafvermind. Umst. an (vgl. auch §§ 148, 157 sowie Binding Hb. 1 774 u. Lb. 2 9); weiterer derartiger Fälle, und zwar „gerade der häufigsten Fälle, wo es darauf ankomme, das Eigentum gegen die elementaren Gewalten des Feuers oder Wassers zu schützen, gedenkt das StGB. nicht, was man nur deshalb nicht empfindet, weil niemand daran denkt, die in solchen Fällen verübte Rechtsverletzung strafrechtlich zu verfolgen"; so Hälschner 1 500. Vgl. auch § 316 N. 7,.

Soweit aber andere Gesetze, jetzt namentl. das BGB. (§§ 228, 904), aber auch z. B. SeemannsO. § 87, in Berücksichtigung eines Notstandes i. w. S., dem hinsichtlich eines Rechtsgutes Gefährdeten ausnahmsweise ein Recht zu gewissen Hdlgen behufs Abwendung der Gefahr verleihen, schließt ein solcher — den Erfordernissen des § 54 nicht entsprechender — Notstand die Schuld des Täters aus; denn die Hdlg. kann, da ihr das Moment der Rechtswidrigkeit fehlt, eine strafbare nicht sein (E. I Abschn. 4 N. 1). So im wesentlichen: Berner S. 103, Binding Hb. 1 221, 766, 772 u. Grundr. S. 155 (einerseits, § 54 sei der analogen Ausdehnung fähig u. bedürftig, andererseits, es sei in einzelnen Fällen zugunsten eines Rechtsgutes ein Notrecht anerkannt), Finger 1 418 N. 544, v. Liszt S. 152 N. 7, H. Meyer S. 290, Frank N. II 1, Stammler Notst. S. 64. AM.: Merkel S. 167, Sommerlad G. 34 357.

Insbs. sind die zivilrechtl. Vorschriften über Selbsthilfe, die nur einem Privatmanne, niemals aber der Obrigkeit gegenüber stattfinden kann (RG. II 26. Jan. 92 E. 22 300; vgl. § 53 N. 8 btr. Notwehr), ihrem Wesen nach meist nichts anderes als Notstandsrechte. Eine unter den gesetzlichen Voraussetzungen, namentl. der Unmöglichkt. obrigkeitl. Hilfe rechtzeitig zu erlangen, angewandte Selbsthilfe schließt aber, was BGB. § 229 ausdrücklich ausspricht, die Rechtswidrigkeit der Hdlg. und damit die strafrechtliche Schuld aus. So: RG. II 24. Juni 87 E. 16 150, Berlin 6. Apr. 76, 10. Dez. 77, O. 17 260, 18 803, Binding Hb. 1 789, Finger 1 395 ff., v. Liszt S. 154, H. Meyer S. 274, v. Wächter S. 174. Aus der Praxis des RG., soweit Vorschriften des BGB. in Frage kommen, vgl. einerseits: I 15. Apr. 01 E. 34 249 (btr. BGB. § 859), II 14. Okt. 02 G. 50 106 (btr. BGB. §§ 230, 561), anderseits I 3. Mai 00 E. 33 248, eine Hdlg., die mit obrigkeitlicher Genehmigung nicht hätte vorgenommen werden dürfen, könne nach BGB. §§ 229 ff. nicht durch Berufung auf erlaubte Selbsthilfe gerechtfertigt werden.

Dem ein wahres Notstandsrecht bzw. erlaubte Selbsthilfe Ausübenden darf jedermann Beistand leisten; strafb. Teilnahme ist nicht denkbar.

11) Wegen Anwendung des § 54 bei irrtümlicher Nichtkenntnis bzw. Annahme seiner Voraussetzungen vgl. § 59 N. 24b, 25d.

12) Formell, d. h. i. S. der StPO. §§ 262, 266, enthält § 54 einen „strafausschließenden Umstand" (N. 3,), dagegen nicht einen strafaufheb. Umst. i. S. der StPO. § 295,.

Die N. 15—17 zum § 51 finden deshalb auch hier entsprechende Anwendung.

§. 55.

Wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. Gegen denselben können jedoch nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften die zur Besserung und Beaufsichtigung geeigneten Maßregeln getroffen werden. Die Unter-

Digitized by Google

bringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 49, II § 53. Anl. 3 z. d. Motiven: Erörterung strafrechtl. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin, Nr. III (Altersstufe f. die kriminelle Strafbarkeit). Entw. der StGN. Art. I § 55. Aktenstücke 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 631. Entwürfe d. EGBGB.: I Art. 16, Bundesratsvorl. Art. 8 II, RTVorl. Art. 33 II.

Vgl. EGBGB. Art. 135 Abs. 1.

1) Im Gegensatz zu dem auf dem französischen Recht beruhenden PrStGB., aber im Anschluß an mehrere andere deutsche Partikularrechte sowie unter Rückkehr zu der älteren deutschrechtlichen Auffassung schlug schon der Entw. I eine bestimmte Altersgrenze vor, bis zu welcher die strafrechtliche Verfolgung ausgeschlossen sein sollte. In Übereinstimmung mit dem Gutachten der PrWissenschaftl.Deput. (Anl. z. d. Motiven) wurde das vollendete zwölfte Lebensjahr als die Grenze hingestellt. An der Richtigkeit dieses Prinzips hat auch, trotz mancher Anfeindungen, die StGN. festgehalten (vgl. deren Motive), jedoch als Gegengewicht gegen die Unverfolgbarkeit der Kinder unter zwölf Jahren die Nr. 9 in den § 361 aufgenommen.

Auf Anregung der PrWissenschaftl.Deput. erhielt der Entw. I noch die fernere Bestimmung, wonach die vormundschaftliche Behörde durch förmlichen Beschluß zu bestimmen befugt sein sollte, „daß der Täter in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werde". Diesen Satz ließ jedoch der Entw. II nicht stehen, „weil die Verschiedenheit der Behördenorganisation und die Kompetenz der Behörden in den einzelnen Bundesstaaten eine gleichmäßige Ordnung dieses Verfahrens nicht zuläßt". Die StGN. hat, weil einige Bundesregierungen Zweifel an der fortdauernden Gültigkeit bezüglich landesgesetzlicher Bestimmungen hatten, den Gedanken des Entw. I wieder aufgenommen, und es entstand daraus, nach Annahme des Antrages Struckmann u. Gen., der frühere Abs. 2 des § 55, beginnend mit den Worten „Gegen denselben".

Schon der Entw. I des EGBGB. enthielt in Art. 16 die durch EGBGB. Art. 34 II (s. o. S. 35 unter XIII) zum Gesetz erhobene jetzige Fassung des § 55, wonach — unter Vereinigung seines Inhaltes in einen Absatz — an Stelle des früheren Abs. 2 S. 2 lautend: „Insbesondere kann die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt erfolgen, nachdem durch Beschluß der Vormundschaftsbehörde die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist." der jetzige Schlußsatz des §. trat. Dagegen nahmen Art. 8 II der Bundesrats- u. Art. 33 II der RTVorlage des Entw. des BGB. lediglich den Wegfall des früheren Abs. 2 des § 55 in Aussicht.

Zu § 55 Satz 1. N. 2—6.

2) Indem Satz 1 ausspricht, daß nicht strafrechtlich verfolgt werden könne, wer bei Begehung einer Hdlg. das zwölfte Jahr nicht vollendet habe, bedient er sich einer prozessualen Einkleidung dafür, daß eine Strafpflicht des Staates durch die verbotene Hdlg. nicht entstehe; Binding Hb. I 85 u. Normen I 29 f. In der Tat überwiegt auch die prozessuale Bedeutung der Vorschrift (N. 5). Durch Satz 1 ist die strafende Tätigkeit des Staates ganz allgemein — und unabhängig von dem Charakter der einzelnen strafb. Hdlg. — an die Voraussetzung geknüpft, daß der Täter bei Begehung der Hdlg. bereits das zwölfte Lebensjahr vollendet habe. Personen, die noch nicht in diesem Alter stehen, erklärt das StGB. für absolut strafunmündig (aber nicht für deliktsunfähig).

Über die Frage, ob trotzdem die Landesgesetzgbg. in den durch EG. § 2, aufrecht erhaltenen „besonderen Vorschriften" abweichende Bestimmungen treffen kann, vgl. das. N. 13, insbs. a u. letzt. Abs.

3) Die Frage, wann „das zwölfte Lebensjahr vollendet" ist, bestimmt sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht, also jetzt nach Art. 4 des EGBGB. i. V. mit BGB. § 187, S. 2; demnach ist der Tag der Geburt voll mitzurechnen und das 12. Lebensjahr

Digitized by Google

somit mit Ablauf des letzten Tages des Jahres vollendet; RG. III 16. Dez. 01 E. 35 37 (btr. § 56, aber mit allgemeiner auch für § 55 zutreffender Begründung), Frank N. III.

Ist es zweifelhaft, ob der Täter bei Begehung der Hdlg. bereits das zwölfte Lebensjahr vollendet hatte, so ist die weitere strafrechtliche Verfolgung unstatthaft; Schütze S. 95 N. 21, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze N. 3.

4) Entscheidend ist das Alter des Täters „bei Begehung der Handlung", welcher Ausdruck, gleichwie im § 51 (N. 3) bzw. § 2 (N. 1), lediglich von der Willensbetätigung zu verstehen ist, ohne Rücksicht auf den Eintritt des Erfolges; diese Auslegung entspricht allein dem Sinne des Satzes 1; H. Meyer S. 151, 417, Frank N. III, Rubo N. 1, Bruck Zurechnungsfhgkt. S. 74. Auch hier kommt es übrigens, wie im Falle des § 2, lediglich auf die Tätigkeit an, in der die Vollendung der strafb. Hdlg. zu finden ist, so daß die strafrechtliche Verfolgung einer Hdlg. nicht ausgeschlossen ist, wenn der Täter die zur Erfüllung des Tatbestandes notwendige Tätigkeit zwar vor Vollendung des zwölften Lebensjahres begann, aber erst nach seiner Vollendung abschloß; vgl. Dresden 17. Nov. 73 St. 3 273. Es gilt deshalb das zu § 2 N. 8, Gesagte entsprechend auch hier.

5) Der z. Z. der Hdlg. noch nicht zwölf Jahre alte Täter „kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden". Hier spricht schon der, von der Ausdrucksweise der §§ 51—54 abweichende, Wortlaut dafür, daß keineswegs habe ausgedrückt werden sollen, die Hdlg. eines Strafunmündigen sei überhaupt keine Hdlg. im Rechtssinne. Dazu kommt, daß die Motive zwar die Rückkehr zu der deutsch-rechtlichen Auffassung, wonach der Mensch bis zu einem gewissen Lebensalter „einer strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit" überhaupt ermangele, hervorheben (N. 1), im übrigen aber den „Ausschluß der ‚strafrechtlichen Verfolgbarkeit" betonen, wie auch die PrWissenschaftl.Deput. es für ratsam erklärt hatte, „die Strafbarkeit eines Menschen erst mit dem zwölften Lebensjahre eintreten zu lassen". Endlich aber kann sachlich nicht bestritten werden, daß Kinder unter zwölf Jahren häufig bereits derart entwickelt sind, daß sie strafb. Hdlgen mit dem erforderlichen Dolus begehen. Deshalb ist dafür zu erachten, daß § 55 lediglich den Ausschluß der Strafklage gg. die Person des Strafunmündigen anordnet, und damit folgeweise einen prozeßhindernden Grund aufstellt, daß er aber bei Strafunmündigen die Möglichkeit der Begehung einer strafb. Hdlg. keineswegs ausschließt, daß somit zwar ein staatlicher Strafanspruch überhaupt nicht begründet wird, — darin liegt die materiellrechtliche Bedeutung der Vorschrift — daß dagegen der Delikts- bzw. Verbrechens-Charakter der Hdlg. keineswegs notwendig für ausgeschlossen zu erachten ist.

6) Nach dem in N. 5 Bemerkten hängt es von der individuellen Entwickelung des Strafunmündigen ab, ob er im Einzelfalle als Täter einer strafb. Hdlg. anzusehen ist oder nicht; im ersteren Falle kann Teilnahme anderer an ihr, bzw. Begünstigg. und Hehlerei (§§ 257 ff.) bezüglich der Hdlg. stattfinden, während im letzteren Falle der Strafunmündige unter Umständen als Werkzeug eines Zurechnungsfähigen, der somit Täter sein würde, gehandelt haben kann. So: RG. III 12. Apr., II 6. Juni 82, E. 6 186, 336 btr. Beih. zur bzw. Partiererei bezüglich der Straftat eines Strafunmündigen, III 29. Apr. 89 E. 19 192 btr. Mittätersch. eines Strafunmündigen bei bandenmäßigem Schmuggel, IV 3. Dez. 97 E. 46 41 btr. Mittätersch. an einem seitens eines Strafunmündigen durch Einsteigen verübten Diebst. (§ 243 N. 20), Lucas S. 103, 194, Oppenh.-D. Abschn. 4 N. 3, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 2, Borchert Teiln. S. 24, van Calker Befehl S. 36, noch weitergehend Schütze u. Herzog (vgl. § 51 N. 13), auch Bünger ZStrW. 8 579. AM.: Stuttgart 31. Dez. 75 St. 6 317, Finger 1 215, 334 N. 425, 342 N. 437, Geyer 1 137, Hälschner 1 219 v. Liszt S. 166, insbs. N. 5, Merkel S. 56, H. Meyer S. 223, Frank N. II, v. Kries ZStrW. 5 10, Kohler Studien 1 114, Birkmeyer Teiln. S. 158, Glaser 2 196 N. 4, Bennecke-B. S. 114 N. 4, die das Vorliegen eines Deliktes und damit die Möglichkeit einer Teilnahme bestreiten.

Zu § 55 Satz 2 u. 3. N. 7—12.

7) Die inkorrekte Fassung des früheren Abs. 2 (N. 1) ist durch die jetzige Fassung des Satzes 3 berichtigt.

Digitized by Google

8) Satz 2 stellt den Gesichtspunkt in den Vordergrund, daß „die zur Besserung und Beaufsichtigung geeigneten Maßregeln" in völliger Freiheit von reichsgesetzlichen Bestimmungen lediglich nach Maßgabe des landesgesetzlichen — und zwar der bestehenden oder der zu erlassenden — Vorschriften erfolgen könnten. Nur die „Unterbringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt" knüpft Satz 3 an bestimmte Voraussetzungen. Dadurch, daß die jetzige Fassung der Unterbringung in eine „Familie" gedenkt, ist eine früher bestandene Streitfrage erledigt.

9) Nach dem N. 8 Bemerkten ist die Frage, ob Satz 3 direkt Reichsrecht schaffe, zu verneinen, da er seiner ganzen Entstehung nach lediglich eine Beschränkung der im übrigen freien landesgesetzlichen Regelung der Frage enthält. Hiernach kann auf Grund des § 55 S. 3 die Unterbringung eines Strafunmündigen in eine Familie o. Anstalt dann nicht ausgeführt werden, wenn es an jeder solche gestattenden landesgesetzlichen Bestimmung fehlt. So: Schütze Anh. S. 6 N. 1, Meves S. 97, Oppenh.-D. N. 11, v. Schwarze N. 7.

10) Das Vormundschaftsgericht muß „die Begehung der Handlung" festgestellt haben, worunter nur die Feststellung verstanden werden kann, daß der Strafunmündige äußerlich den Tatbestand einer strafb. Hdlg. erfüllt habe; daß er mit dem nötigen Dolus gehandelt habe (der trotz der Strafunmündigkeit nach dem N. 5 Bemerkten möglicherweise vorhanden gewesen sein kann) oder daß er — wie § 56 sich ausdrückt — „bei Begehung der Hdlg. die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen habe", ist nicht Voraussetzung für die Unterbringung in eine Anstalt; Oppenh.-D. N. 14.

11) Das Vormundschaftsgericht muß „die Unterbringung für zulässig" erklärt haben, was nicht ausschließt, daß landesgesetzlich (z. B. durch PrG. über die Fürsorgeerziehung v. 2. Juli 1900 § 3) dem Vormundschaftsgericht die Anordnung der Unterbringung selbst übertragen wird; Oppenh.-D. N. 17.

12) Satz 2 trifft keine Bestimmung darüber, auf wie lange Zeit die Unterbringung in eine Anstalt zulässig sein soll. Gegen die allgemeine Auslegungsregel, aber gestützt auf die Entstehungsgeschichte des Abs. 2 (jetzt Satz 2 u. 3), der durch die StGR. dem § 55 nachträglich zugefügt wurde, wird man diese Lücke durch Heranziehung der bezüglichen Bestimmung des $§ 56_2$ dahin ergänzen müssen, daß der Strafunmündige in der Anstalt höchstens so lange zu behalten ist, „als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet, jedoch nicht über das vollendete zwanzigste Lebensjahr"; so: Hälschner I 220, Schütze Anh. S. 6, v. Schwarze N. 10; siehe jedoch das PrG. v. 2. Juli 1900 § 13. Während aber $§ 56_2$ befiehlt („ist zu bestimmen"), gestattet $§ 55_2$ („kann") überhaupt nur die Unterbringung in eine Anstalt unter gewissen Voraussetzungen. Deshalb darf auch die Landesgesetzgbg. in diesem Falle die Unterbringung auf kürzere Zeit einschränken, während sie in jenem die Vorschrift des $§ 56_2$ unverändert lassen muß; so Schütze Anh. S. 6 N. 1. Dementsprechend bestimmt z. B. § 13 des PrG. v. 2. Juli 1900, daß die, regelmäßig erst mit der Minderjährigkeit endigende, Fürsorge aufzuheben sei, wenn der Zweck der Fürsorge erreicht oder die Erreichung des Zweckes anderweit sichergestellt ist.

§. 56.

Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß.

In dem Urtheile ist zu bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll. In der Anstalt ist er so lange zu behalten, als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet, jedoch nicht über das vollendete zwanzigste Lebensjahr.

PrStGB. § 42. Entw. I § 51, II § 54.

Vgl. EGBGB. Art. 135 Abs. 1.

Digitized by Google

1) Nach den Motiven ist „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Hdlg. erforderliche Einsicht" im Entw. II dem aus PrStGB. § 42 in den Entw. I hinübergenommenen „Unterscheidungsvermögen" substituiert, jedoch ohne die Absicht einer materiellen Änderung, sondern nur zu dem Zweck, „einen den Laien nicht geläufigen, überdies aber mehrfacher Deutung fähigen und in der Praxis auch verschieden ausgelegten Ausdruck mit einer deutlicheren und bestimmteren Bezeichnung zu vertauschen". Das PrStGB. übersetzte mit „Unterscheidungsvermögen" den Ausdruck „discernement" des Code pénal art. 66; erst der Entw. von 1850 schlug diese Fassung vor, indem er gleichzeitig den Termin der absoluten Strafunmündigkeit bis zum vollendeten zwölften Jahre fallen ließ, während sämtliche früheren Entwürfe seit 1843 bis dahin unbedingte Strafunmündigkeit festsetzten und verlangten, daß der Richter ermessen sollte, ob der Täter, welcher im Alter von zwölf bis sechzehn Jahren eine Hdlg. begangen, bereits für zurechnungsfähig zu erachten sei oder nicht; Goltd. Mat. I 359.

Zu § 56 Abs. 1. N. 2—8.

2) Während § 55 (das. N. 2) von der absoluten Strafunmündigkeit der noch nicht zwölf Jahre alten Personen handelt, so § 56 von der relativen Strafunmündigkeit der Personen, die zur Zeit der Tat „das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatten", d. h. der sog. „jugendlichen Personen", wenn auch die im § 57_3 gebrauchte Bezeichnung nicht unbedingt auf jene Personen zu beschränken ist; vgl. u. N. 13_3. Ausnahmsweise gewährt § 173 unter allen Umständen Straflosigkeit.

Wegen „Vollendung des achtzehnten Lebensjahres" vgl. § 55 N. 3, insbs. das dort zit. RG. E. 35 37.

Nach MStGB. § 50 ist übrigens bei Bestrafung milit. V. o. V. „die Erkennung der angedrohten Strafe unabhängig von dem Alter des Täters".

3) Ein zu den jugendlichen Personen (N. 2) gehörender „Angeschuldigter", d. h. Angeklagter i. S. der StPO. § 153, ist „freizusprechen", wenn er „bei Begehung der strafb. Hdlg." (§ 51 N. 3) die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht „nicht besaß". Trotz dieser Fassung ist, abgesehen von der Natur der Sache, nach § 57 sowie StPO. §§ 266_1, 298_1 die positive Feststellung „der zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Hdlg. erforderlichen Einsicht" die Voraussetzung für die Verurteilung einer jugendlichen Person. So die GM., insbs. RG. III 12. Jan., 12. Feb. 81, E. 3 198, R. 3 44, I 3. Okt. 96 E. 29 98 (dieses mit der zutreffenden Ausführung, die Feststllg. der erforderlichen Einsicht könne darauf ohne Rechtsirrtum nicht gegründet werden, daß die jugendl. Person dem Alter der vollen Strafmündigkt. nahe stehe); aM. Kroschel GS. 61 128, die „Einsicht" falle unter Abs. 2 des § 266 StPO. Mit Recht hat Berlin 19. März 74 O. 15 160 die Feststellung des „Unterscheidungsvermögens" für ungenügend erklärt.

Wg. der Frage der analogen Anwendung des Grundsatzes des § 56 auf andere Personen s. § 58 N. 3.

4) Wenn auch der vom Gesetzgeber mit der „zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht" verbundene Sinn streitig ist, so wird darunter doch nur das zu verstehen sein, was die Worte besagen, da der Wortlaut unzweifelhaft einen Sinn ergibt, und der Umstand, daß der Gesetzgeber dabei vielleicht von einer unrichtigen Theorie ausging, nicht dazu führen darf, in die lex lata hinein zu interpretieren, was de lege ferenda richtiger wäre.

Nach der Entstehungsgeschichte (N. 1) ist es nicht unwahrscheinlich, daß die gesetzgeberische Absicht lediglich dahin ging, den Richter durch eine positive Vorschrift zu nötigen, bei jugendlichen Personen die Frage der Zurechnungsfähigkeit in jedem Falle einer speziellen Prüfung zu unterziehen; es sollte jenen gleichsam nur ein prozessuales Privilegium erteilt werden; vgl. Ortmann GS. 29 243 N. **. Dabei wurde jedoch seit dem Entw. z. PrStGB. von 1850 vorgezogen, die Feststellung in konkreter Weise ausdrücklich nur auf dasjenige Moment der Zurechnungsfähigkeit zu richten, dessen Vorliegen bei jugendlichen Personen besonders zweifelhaft sein konnte. Als solches wurde in dem bezeichneten Entw., sowie im PrStGB. selbst, auch noch im Entw. I des RStGB. das „Unterscheidungsvermögen" angesehen, im Entw. II aber und im RStGB. selbst „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit

Digitized by Google

der begangenen Hdlg. erforderliche Einsicht". Hält man nun, mit Ortmann aO. und Bruck Zurechnungsfhgkt. S. 59 f., dafür, daß die Erkenntnis der Strafbarkeit ein Merkmal des Dolusbegriffes sei, so ergibt sich das Resultat, daß in der Tat beabsichtigterweise den jugendlichen Personen nur ein prozessuales Privilegium erteilt ist. Geht man aber mit Binding Normen 2 458 ff., 81 ff. davon aus, daß der Vorsatz bei Verbrechen „kein Verbrechensvorsatz", sondern nur ein „Deliktsvorsatz" sei, daß die Erkenntnis der Strafbarkeit einer Tat ein allgemeines Requisit der Zurechnungsfähigkeit nicht sei, so darf man sich doch nicht dessen Ansicht (aO. S. 82 u. 466) anschließen, daß das Gesetz für die Bestrafung jugendlicher Personen nicht mehr verlange als deren Zurechnungsfähigkeit, sondern man muß im Gegenteil anerkennen, daß das Gesetz gegen die Absicht seiner Redaktoren in der Tat mehr verlangt, mag dies auch nur dadurch zu erklären sein, daß der Gesetzgeber, ohne „Norm" und „Strafgesetz" zu unterscheiden, die Zurechnungsfähigkeit fälschlich auf „das strafrechtliche Verbot der Hdlg." statt auf die Norm bezieht. Der Gesetzgeber verlangt einmal die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht, und an der Bedeutung dieser Worte läßt sich um so weniger rütteln, als die Motive noch ausdrücklich sagen, der Täter müsse imstande gewesen sein, zu erkennen, daß er sich durch Begehung der Hdlg. „einer Kriminalstrafe aussetze". In dem Gesagten liegt bereits die Erklärung für die Aufstellung dieser Gesetzesforderung und es würde falsch sein, nach anderen — vom Standpunkte der heutigen Wissenschaft aus stichhaltigen — Motiven zu suchen. So die Praxis, insbs. RG. II 14. Dez. 86 E. 5 97, und deren Vertreter, wie z. B.: Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 2. AM. außer Binding: Geyer 1 103, es sei nur „Einsicht in die Strafwürdigkeit" gemeint, Hälschner 1 122 f., zwischen der Zurechnungsfähigkeit und der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht sei nicht zu unterscheiden, Schaper HH. 2 162 N. 3, nur das Rechtsbewußtsein bilde den Gegenstand der Prüfung, nicht aber weiter noch die (übrigens in der Praxis auch nicht verlangte) Gesetzeskenntnis; auch wohl Finger 1 216 f.

5) Abs. 1 ordnet in dem N. 3 erläuterten Sinne die Freisprechung des jugendlichen Angeschuldigten wegen der von ihm begangenen strafb. Hdlg. an, wenn er „bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß". Diese Wortfassung deutet mit Sicherheit darauf hin, daß das Gesetz die Einsicht in die Strafbarkeit der begangenen konkreten Hdlg. verlangt; diese Auffassung bestätigen auch die Motive. Ist das der Fall, so kann bei einer Mehrheit seitens des Jugendlichen begangener strafb. Hdlgen (§ 74) unter Umständen anzunehmen sein, daß er zwar die Einsicht zur Erkenntnis der Strafbarkeit der einen, nicht aber der anderen Hdlg. besessen habe; so die GM., insbs. RG. III 18. Jan. 82 E. 5 394.

Dagegen folgt aus jenem Grundsatze, daß, wenn Angeschuldigter die Einsicht zur Erkenntnis der in concreto begangenen strafb. Hdlg. überhaupt besaß, im Falle einer Idealkonk. mehrerer strafb. Hdlgen (§ 73) nicht zwischen den einzelnen strafb. Hdlgen in der eben angegebenen Weise unterschieden werden kann; so würde es z. B. unzulässig sein, bei einer Idealkonk. von schwerer Urkundenfälschg. (§§ 267, 268) mit Betrug (§ 263) das Vorliegen der erforderlichen Einsicht bezüglich dieser zu bejahen, bezüglich jener aber zu verneinen; denn nicht „Gesetzeskenntnis" bzw. die Einsicht zur Erkenntnis, unter welches Strafgesetz die Hdlg. falle, wird verlangt (N. 4 aE.), sondern nur, daß der Jugendliche die Einsicht besitze, zu erkennen, daß sein konkretes Handeln kriminell strafbar sei; ist das der Fall, so hat die Verurteilung wegen aller konkurrierenden Delikte zu geschehen. AM.: RG. I 18. Dez. 84 E. 11 387 (bei Idealkonk. der §§ 176[3] u. 240 könne eine Verurteilung aus letzterem eintreten, wenn der Täter zwar nicht die zur Erkenntnis der Strafbarkeit aus § 176[3] erforderliche Einsicht besessen habe, wohl aber die für § 240 erforderliche), München 27. Sept. 73 St. 3 82, Finger 1 217 N. 299, Lucas S. 199, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 4; bedenklich ist Rüd.-St. N. 4.

Dann führt aber auch die weitere Konsequenz dahin, daß bei vorliegender Gesetzeskonk. (§ 73 N. 12 ff.) ein gleiches gilt; deshalb hat, wenn nur dem Angeschuldigten jene Einsicht bezüglich der konkreten Hdlg. überhaupt beiwohnte, die Verurteilung auf Grund des speziellen Gesetzes zu erfolgen, so z. B. aus § 317 (und nicht bloß aus §§ 303 ff.), ob-

Digitized by Google

schon dem Angeschuldigten der Zusammenhang seiner Hdlg. mit dem telegraphischen Betriebe unbekannt war; aM.: v. Schwarze N. 3 A. 5, Dambach, Telegraphenstrafr. S. 50 f.

Danach ist auch der jugendl. Angeschuldigte, der eine qualifizierte strafb. H. begangen hat, z. B. einen schweren Diebst. (§ 243), nach allen Bestimmungen des Gesetzes strafbar, falls er nur die Strafbarkeit seiner Hdlg. erkennen konnte, wenn auch nicht deren höhere Strafbarkeit; so: zit. RG. E. 5 394 (die Möglichkeit der Erkenntnis des Einflusses, welches das Gesetz einem einzelnen bestimmten Tatbestandsmerkmale auf die Strafbarkeit der Tat eingeräumt habe, sei nur dann erforderlich, wenn die Strafbarkeit durch das Dasein dieses Merkmals überhaupt bedingt, ohne dasselbe aber die Tat straflos sei), II 21. Juni 92 G. 40 171, I 26. Apr. 94 E. 25 319, Frank N. II, v. Schwarze N. 3; aM. Hälschner 1 222. Das zit. RG. E. 5 394 erachtet jedoch mit Recht einen davon verschiedenen Fall für vorliegend, wenn eine jugendl. Person zwar imstande gewesen sei, die Strafbarkeit einer Hdlg. in der einfachsten Gestalt einzusehen, nicht aber die Strafbarkeit in einer durch das Hinzutreten eines besonderen und in concreto vorliegenden Umstandes modifizierten Gestalt; dann habe es an der zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Tat, wie sie in concreto begangen worden, erforderlichen Einsicht gefehlt u. müsse Freisprechung von der ganzen Anklage eintreten.

6) Die Verurteilung eines jugendl. Angeschuldigten bedingt, daß er die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Hdlg. „erforderliche Einsicht" besessen hat d. h. also nur, daß er die Strafbarkeit erkennen konnte, nicht daß er sie erkannt hat, somit wird nur das Vermögen zum Erkennen, ein bestimmter Grad der Verstandesentwickelung, erfordert; RG. III 18. Jan. 82 E. 5 395, II 10. Juli 83, 14. Dez. 86, N. 5 512, E. 15 97, IV 1. Feb. 00 E. 33 108 (welches dem entgegenstehenden III 8. Feb. 82 E. 6 22 eine entscheidende Bedeutung nicht beimißt), Finger 1 245, v. Liszt S. 168, Lucas Subj. Verschldg. S. 71, Bruck Fahrlässgkt. S. 28, Bünger ZStrW. 6 350.

Der Besitz jener Einsicht ist aber nicht genügend, um die Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen bzw. die Zurechenbarkeit der Hdlg. zu begründen; beide können trotzdem im Einzelfalle ausgeschlossen sein, so namentl. beim Vorliegen eines der Strafausschließungsgründe der §§ 51—54; Geyer 1 101, Hälschner 1 207, v. Liszt S. 168, Oppenh.-H. N. 3, v. Schwarze N. 2 sowie Löwe-H. StPO. § 298 N. 3 in der Bemerkung, daß über das Vorhandensein eines der allg. Strafausschließungsgründe auch bei jugendl. Angeklagten im schwurgerichtl. Verfahren lediglich durch die Beantwortung der Hauptfrage entschieden werde (§ 51 N. 17).

Umgekehrt genügt die Feststellung, daß der zum Straffalle erforderliche Dolus vorgelegen habe, nicht; trotzdem kann jene Einsicht fehlen; RG. III 12. Juni 81 E. 3 198.

7) Die Frage nach der absoluten Gültigkeit des § 56 gegenüber der Landesgesetzgebung ist ebenso zu entscheiden wie die nach der Gültigkeit des § 55 (das. N. 2).

8) Was die Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der von einer jugendl. Person begangenen Hdlg. betrifft, so wird ihr durch eine wegen Fehlens der zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderlichen Einsicht erfolgte Freisprechung nicht vorgegriffen; denn da das Erfordernis dieser Einsicht nicht ein allgemeines Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit ist (N. 4), so kann die Hdlg., auch wenn jene fehlte, dennoch mit dem erforderlichen strafrechtlichen Dolus begangen sein, der bei erwachsenen Personen zur Bestrafung führen müßte (N. 6_3). Es gilt deshalb hinsichtlich der Möglichkeit einer strafb. Teilnahme an der Hdlg. einer jugendl. Person, derentwegen sie wegen fehlender Einsicht freigesprochen ist, analog das zu § 55 N. 6 Bemerkte; so RG., insbs. III 20. Sept. 82 N. 4 700 (Anstftg. zu einem seitens einer jugendl. Person geleisteten Meineide — §§ 153, 48 — sei dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Freisprechg. des Jugendlichen auf Grund des § 56 erfolgte), I 28. Mai 94 E. 25 397 (die Anwendung des § 48 sei ausgeschlossen, weil der als Werkzeug benutzten jugendl. Person nicht nur die durch § 56 erforderte Einsicht, sd. zugleich auch das nach § 303 erforderte Bewußtsein der Rechtswidrigkt. gefehlt habe), I 12. Mai 98 E. 31 161; hier ebenso selbst Frank N. III; aM.: Finger 1 218, Geyer 1 137, Hälschner 1 223 N. 1, v. Liszt S. 168, H. Meyer S. 241 N. 10. Daß das RG. in

Digitized by Google

dieser materiellen Frage neuerdings schwankend gewesen sei, wie Frank u. auch Finger aO. N. 300 behaupten, kann nicht zugegeben werden; die hierfür angezogenen Urteile III 19. Okt. 95, I 3. Okt. 96, E. 27 392, 29 98, von denen überdies letzteres durch das zit. E. 31 161 aufgegeben ist (vgl. IV 24. Feb. 03 E. 36 112), betrafen prozessuale Fragen.

Zu § 56 Absatz 2. N. 9—14.

9) Ergeht nach Maßgabe des Abs. 1 ein freisprechendes Urteil wegen Fehlens der erforderlichen Einsicht, so ist in dem Urteile zu bestimmen, ob der Angeschuldigte „seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll". Offenbar stehen „die Überweisung an die Familie" und „die Unterbringung in eine Anstalt" sich gegenüber; das eine oder das andere soll geschehen. Aber es ist nicht statthaft, daß das Gericht eine Art der Anstalt ausschließlich vorschreibe; denn augenscheinlich hat die Auswahl der Anstalt in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt werden sollen und das Gericht hat deshalb auf den Ausspruch sich zu beschränken, daß der Angeklagte in eine „Erziehungs- oder Besserungsanstalt" (umgekehrt: § 362_3; das. N. 4a) gebracht werde; RG. III 30. Sept. 82 E. 7 180, Oppenh.-D. N. 14.

Besonders was die „Überweisung an die Familie" betrifft, so bedeutet sie nur eine einfache Zurückgabe an diese oder, wie das zit. RG. E. 7 180 sich ausdrückt, „nur eine Negation in dem Sinne, daß darin nur der Ausspruch liege, die Unterbringung in eine Anstalt sei nicht erforderlich"; dementsprechend soll es auch nach RG. I 15. Jan. 80, 28. Mai 00, R. 1 234, E. 33 298 im sog. Urteilstenor nicht der Anordnung bedürfen, der Angeklagte sei der Familie zu überweisen, wenn in den Gründen des Urteils ausgesprochen werde, daß der freigesprochene Angeklagte in eine Anstalt nicht gebracht werden solle. AM. Berner S. 82, die Zurückgabe geschehe unter einer Weisung, deren Befolgung von der Behörde überwacht werden dürfe.

10) Die im Abs. 2 angeordnete Bestimmung ist nur zu erlassen, falls Freisprechung von der wegen einer strafb. Hdlg. (wenn auch nur wegen einer Übertretung) erhobenen Anklage erfolgt ist. Deshalb ist die Bestimmung nicht zu treffen, falls eine Anklage wegen mehrerer ideal konk. Hdlgen erhoben war und Verurteilung nur wegen einer von ihnen erfolgte, nicht aber zugleich auch wegen der anderen, weil — wenn auch unrichtigerweise (N. 5_3) — angenommen wurde, daß die Einsicht zur Erkenntnis der Strafbarkeit dieser gefehlt habe. So München 27. Sept. 73 St. 3 82.

11) Die Bestimmung „ist" in dem Urteile zu treffen, d. h. sie ist obligatorisch vorgeschrieben (wegen einer Ausnahme s. u. N. 13_3) und daher vom Antrage der StAschaft nicht abhängig (das N. 9_2 zit. RG. E. 33 298); sie muß deshalb namentl. auch dann erfolgen, wenn die Tat erst nach vollendetem achtzehnten Lebensjahre des Täters zur Aburteilung kommt oder wenn letzterer durch dasselbe Urteil wegen anderer real konk. (§ 74) strafb. Hdlgen — mögen diese im jugendlichen Alter begangen sein oder nicht — mit Strafe, insbs. Freiheitsstr., belegt wird (N. 5_3). So Berlin 21. Jan. 75 St. 4 259, das jedoch eine Ausnahme aufstellt, falls die erkannte Freiheitsstr. über das zwanzigste Lebensjahr des Angeklagten hinausreiche; das ist aber mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Begnadigung unrichtig.

12) Über die Dauer des Aufenthaltes in der Anstalt entscheidet zunächst (vgl. jedoch N. 13) das Ermessen der der Anstalt vorgesetzten Verwaltungsbehörde; welche das sei, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (N. 9_1; vgl. auch EGBGB. Art. 135). Hängt die Dauer des Aufenthaltes überhaupt vom Ermessen der Verwaltungsbehörde ab, so kann es keinem Bedenken unterliegen, auch eine zeitweilige Beurlaubung bzw. vorläufige Entlassung (vgl. § 23) für zulässig zu erachten; so Oppenh.-D. N. 19; aM. Rubo N. 8.

13) Der Aufenthalt darf „jedoch nicht über das vollendete zwanzigste Lebensjahr" des in die Anstalt gebrachten Angeschuldigten ausgedehnt werden. Wg. „Vollendung des zwanzigsten Lebensjahres" vgl. N. 2_2 bzw. § 55 N. 3_1.

Aus dieser Bestimmung erhellt, daß das StGB. das jugendliche Alter (vgl. übrigens § 221_1) in gewissem Sinne erst mit Vollendung des zwanzigsten und nicht schon des achtzehnten Lebensjahres abschneidend erachtet; vgl. N. 2 sowie § 57 N. 19.

Digitized by Google

Folgeweise ergibt sich als Ausnahme von der obligatorischen Vorschrift (N. 11), daß, falls Angeklagter bei Freisprechung von der im jugendlichen Alter begangenen Hdlg. bereits das zwanzigste Lebensjahr vollendet hatte, von der fraglichen Anordnung Abstand zu nehmen ist.

14) Der Charakter der „Überweisung des Angeschuldigten an die Familie" ist bereits N. 9_2 gekennzeichnet. Ebensowenig aber wie diese stellt seine Unterbringung in eine Erziehungs- o. Besserungsanstalt als eine Strafe sich dar; denn die Maßregel hat gerade für den Fall einzutreten, daß der Angeschuldigte freigesprochen ist. Die Unterbringung ist vielmehr lediglich eine polizl. Maßnahme, wie das StGB. deren mehrere kennt (T. I Abschn. 1 N. 4); so die GM.

Prozessuales. N. 15—20.

15) Auch wenn das Vorliegen der erforderlichen Einsicht nicht festgestellt ist (N. 3), hat ein Urteil in der Sache selbst zu ergehen, da das Urteil auf „Freisprechung" zu lauten hat; StPO. § 259.

Demnach steht auch die — im Zweifelsfalle ausdrücklich zu treffende — Entscheidung der Frage, ob der Angeklagte zur Zeit der Begehung der Hdlg. bereits das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte oder nicht (N. 2), dem Richter der Schuldfrage und somit im schwurgerichtl. Verfahren den Geschworenen zu, die sie auf Grund einer besonderen Nebenfrage (StPO. § 295) zu beantworten haben; so Löwe-H. StPO. § 298 N. 4; vgl. des näheren Oetker G. 47 338, 345. Übrigens ist die Entscheidung (abgesehen von dem N. 2_2 bzw. § 55 N. 3_1 bezeichneten Punkte) rein tatsächlicher Natur und folglich mit der Revision nicht anfechtbar, so daß ein etwaiger Irrtum nur im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens berichtigt werden kann; RG. III 23. März 82, IV 2. Feb. 86, R. 4 273, 8 109. Für das schwurgerichtl. Verfahren vgl. jedoch N. 16_2.

16) Formell, d. h. i. S. der StPO. §§ 262, 266, enthält § 56 einen strafausschließenden Umstand (N. 8).

Für das schwurgerichtl. Verfahren ist durch StPO. § 298_1 die Ausnahmevorschrift (RG. I 28. Mai 00 E. 33 298) getroffen, daß, obgleich das Fehlen der erforderlichen Einsicht kein strafaufhb. Umst. i. S. der StPO. § 295_2 ist, dennoch eine Nebenfrage auf Grund des Abs. 1 des § 56 gestellt werden muß; es liegt hierin eine Bestätigung davon, daß es nur um ein prozessuales Privilegium (N. 4) sich handelt. Gleichzeitig ist allerdings die Stellung der Nebenfrage aus § 56_1 deshalb notwendig, weil sonst die Anwendung der Vorschrift des Abs. 2 unterbleiben müßte, da anderenfalls nicht ersichtlich wäre, ob die Freisprechung wegen Fehlens der erforderlichen Einsicht oder aus einem anderen Grunde erfolgt ist. Wird die Stellung der im § 298 StPO. vorgeschriebenen Nebenfrage verabsäumt, weil das Gericht den Angekl. irrtümlich für strafmündig hielt, so ist wg. Verletzung der zwingenden prozessualen Vorschrift die Revision gegeben, da diese eine Kenntnis des Gerichts von dem Vorliegen der den Verstoß begründenden Tatsache nicht voraussetzt; RG. IV 5. Juli 98 E. 31 232. Dadurch erleidet das N. 15_2 aE. Gesagte eine Einschränkung.

17) Lediglich in einem freisprechenden Urteile (StPO. § 259_1) kann seitens des Gerichtes eine Bestimmung gemäß Abs. 2 getroffen werden, also namentl. nicht in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschlusse (das. § 202), was darauf beruht, daß durch diesen „die Begehung der strafb. Hdlg.", also die Voraussetzung der zu treffenden Bestimmung, nicht festgestellt wird; so die GM., insbs. München 3. Dez. 72 St. 2 148.

18) Die Frage, ob die strafrechtliche Verfolgung bzw. die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen eine jugendliche Person bei hinreichendem Verdachte eintreten muß, auch wenn die StAschaft bzw. das Gericht die Überzeugung von dem Ausschlusse der erforderlichen Einsicht haben, ist mit der GM. zu bejahen; vgl. die nähere Ausführung in der entsprechenden N. der 5. Aufl. des Kommentars; aM. jedoch Lucas S. 197, auch Anleitung z. strafrechtl. Praxis 1 152, insbs. N. 2.

19) Urteile, die auf Grund des Abs. 1 die Unterbringung des Angeklagten in eine Anstalt anordnen (über deren Zustellung an dessen gesetzlichen Vertreter vgl. StPO. § 268), sind seitens des Angeklagten und seines Vertreters mit den zulässigen

Digitized by Google

Rechtsmitteln anfechtbar, da die Entscheidung, wenn sie auch keine Strafe verhängt (N. 14), dennoch den Angeklagten beschwert; Löwe-H. StPO. § 268 N. 3 sowie insbs. btr. der Revision RG. III 30. Sept. 82 E. 7 180.

20) Hinsichtlich der Zuständigkeit ist hervorzuheben, daß die Strafkammern als erkennende Gerichte für die Verbr. der Personen, die zur Zeit der Tat das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, zuständig sind; GVG. § 73[3]. Letztere können deshalb nur infolge eines Zusammenhanges gemäß StPO. § 3 vor ein Schwurgericht gestellt werden.

Die durch GVG. § 136[1] und SpionageG. § 12 begründete Zuständigkeit des RG. wird durch das jugendliche Alter des Täters nicht verändert.

§. 57.

Wenn ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, bei Begehung derselben die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaß, so kommen gegen ihn folgende Bestimmungen zur Anwendung:

1) ist die Handlung mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so ist auf Gefängniß von drei bis zu funfzehn Jahren zu erkennen;
2) ist die Handlung mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so ist auf Festungshaft von drei bis zu funfzehn Jahren zu erkennen;
3) ist die Handlung mit Zuchthaus oder mit einer anderen Strafart bedroht, so ist die Strafe zwischen dem gesetzlichen Mindestbetrage der angedrohten Strafart und der Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe zu bestimmen.

   Ist die so bestimmte Strafe Zuchthaus, so tritt Gefängnißstrafe von gleicher Dauer an ihre Stelle;
4) ist die Handlung ein Vergehen oder eine Uebertretung, so kann in besonders leichten Fällen auf Verweis erkannt werden;
5) auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht ist nicht zu erkennen.

Die Freiheitsstrafe ist in besonderen, zur Verbüßung von Strafen jugendlicher Personen bestimmten Anstalten oder Räumen zu vollziehen.

PrStGB. § 43. Entw. I § 50, II § 55. StB. S. 233, 1149.

1) Gegen denjenigen „Angeschuldigten", der — nach der getroffenen positiven Feststellung — „bei Begehung einer strafb. Hdlg." (§ 56 N. 3) „die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht" (§ 56 N. 4 ff.) besaß, kommen gewisse Strafmilderungen eben wegen des jugendlichen Alters, also wegen einer höchstpersönlichen Eigenschaft des Täters (vgl. deshalb § 50 N. 3), obligatorisch (Nr. 1—3, 5) oder fakultativ (Nr. 4) zur Anwendung.

Übrigens enthält § 57 den einzigen allgemeinen Strafmilderungsgrund im StGB., weshalb die von den „besonderen strafverminb. Umst." handelnden §§ 262, 266, 295 StPO. diesen Fall nicht mit im Auge haben; die Anwendung der Strafmilderungen des § 57 ist jedoch dadurch gesichert, daß das Vorliegen der erforderlichen Einsicht positiv festgestellt werden muß (§ 56 N. 3), für den Bejahungsfall aber der Eingang des § 57 die Anwendung der in den Nr. 1—5 getroffenen Bestimmungen vorschreibt; deshalb hat ev. StPO. § 264 Anwendung zu finden (RG. III 15. Feb. 00 E. 33 166), es sei denn, daß aus dem Eröffnungsbeschluß selbst, mochte er auch § 57 nicht anführen, das jugendl. Alter des Angekl. hervorging; RG. I 14. Jan. 01 E. 48 114.

Digitized by Google

2) Die Eigenschaft der strafb. Hdlg. als V., V. o. Übertr. (§ 1 N. 8b) bleibt durch die Strafmilderungen des § 57 unberührt.

3) Die Frage, inwieweit die sog. mildernden Umstände (E. I Abschn. 4 N. 13 ff.) da, wo das Gesetz solche bei den einzelnen Delikten zuläßt, auch bei einem verurteilten jugendl. Angeklagten als vorliegend angenommen werden dürfen, ist streitig. Soweit, sie hier ganz auszuschließen, geht allerdings nur Teichmann, StRZ. II 310. Es handelt sich also darum, ob die Annahme mild. Umst. bei einem Angeklagten unter 18 Jahren auch auf sein jugendliches Alter gestützt werden darf. An sich wird nicht zu bezweifeln sein, daß es der ratio des Gesetzes widerstrebt, wenn der nämliche Umstand zweimal strafmildernd berücksichtigt wird, d. h. wenn wegen Jugend des Angeklagten zunächst die allgemein zugelassenen mild. Umst. angenommen und alsdann noch die Strafmilderungen des § 57 zur Anwendung gebracht werden; vgl. Merkel HH. 4 220; aM. freilich Binding Grundr. S. 226. Da aber das StGB. der Annahme mild. Umst. keine Schranke zieht, dem Richter hier vielmehr völlige Freiheit läßt, so wird es als eine Gesetzesverletzung nicht angesehen werden können, wenn mild. Umst. wegen jugendl. Alters angenommen werden, um so weniger, als einerseits bei dem infolge Zusammenhanges stattfindenden schwurgerichtl. Verfahren (§ 56 N. 20) aus dem die mild. Umst. bejahenden Wahrspruche der Geschworenen (StPO. § 297) der Grund der Bewilligung nicht erhellt, andererseits aber die Strafmilderungen des § 57 nicht derartig sind, daß sie stets mindestens zu derselben Milderung führen wie die bei den einzelnen strafb. Hdlgen zugelassenen besonderen mild. Umst. (vgl. z. B. § 57³ mit § 243). So: Darmstadt S. Juli, 8. Sept. 72, St. 2 23, 76, Berner S. 281, Binding Grundr. S. 227, Finger 1 518, H. Meyer S. 410, v. Wächter S. 278 N. 14, Rubo N. 6, Fuchs, John, StRZ. II 252, 12 211, Ruhstrat GS. 23 73, 24 128, Baumert Zurechnungsfhgkt. Jugendl. S. 48. AM.: RG. I 20. März 82 E. 6 98, Dresden 27. Okt. 71 St. 1 167, München 5. Juni 75 St. 5 19, Geyer 1 172 u. HH. 4 104, Merkel HH. 4 220, Frank N. I, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 10, Zimmermann GS. 23 360, Bruck Zurechnungsfhgkt. S. 80, auch Hälschner 1 536 u. Oppenh.-D. N. 10, die jedoch entweder die Strafmilderungen des § 57 oder diejenigen auf Grund der Annahme mild. Umst. zulassen wollen, jenachdem das eine oder das andere dem Angeklagten günstiger ist.

Zu § 57 Absatz 1. N. 4—17. — Im allgemeinen N. 4, 5.

4) Die Strafmilderungen des § 57 sind so allgemeinen Charakters, daß sie allen Strafrahmen gegenüber Anwendung finden; mag die Strafe sein, welche sie wolle, unter allen Umständen greifen bei jugendl. Personen die strafmildernden Bestimmungen des § 57 Platz. Hieraus folgt, daß, wenn aus einem Grunde nicht die ordentliche, sondern eine außerordentliche Strafandrohung wegen mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13—18) oder wenn nicht die originäre, sondern eine derivative Strafandrohung, wie beim Versuch oder der Beihilfe (§§ 44, 49), anzuwenden ist, die Milderungen des § 57 stets in Beziehung auf die außerordentliche bzw. derivative Strafandrohung zu verstehen sind. So: RG. I 20. März 82 (btr. mild. Umst.), 12. Juni 82 (btr. Versuch), E. 6 98, 7 1, IV 28. Sept. 86 (btr. mild. Umst.) R. 8 571, Finger 1 326 N. 418, 519, Geyer 1 173 u. HH. 4 105, v. Liszt S. 279, H. Meyer S. 409, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 15, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 8, John StRZ. 12 209, Thomsen GS. 29 552, Bruck Zurechnungsfhgkt. S. 81, speziell für den Fall mild. Umst.: Binding Grundr. S. 227, v. Wächter S. 278 N. 14, speziell für den Fall des Versuchs Berner S. 281. AM.: Berlin 4. Apr. 73 St. 2 306, Schütze S. 180 N. 21, Baumert Zurechnungsfhgkt. Jugendl. S. 50, speziell für den Fall des Versuchs: Binding aO., Reiffel GS. 34 513, v. Wächter S. 223, N. 5d, Baumgarten Versuch S. 447.

Wegen der Reduktion in dem Sonderfalle der §§ 157, 158 vgl. jedoch § 157 N. 4.

5) Die Strafmilderungen des § 57 kommen an sich auch den landesgesetzlichen Strafbestimmungen gegenüber zur Anwendung; dies gilt namentl. vom Verweise; so: Berlin 26. Sept. 77 St. 7 252, das jedoch mit Recht annimmt, es könnten in den der Landesgesetzgbg. vorbehaltenen Spezialgesetzen abweichende Bestimmungen getroffen werden; EG. § 2 N. 13a.

Digitized by Google

Zu § 57 Absatz 1 Nr. 1—5. N. 6—17. — Im allgemeinen N. 6, 7.

6) Was die Strafmilderungen im einzelnen anbetrifft, so ist die Fassung der Nr. 1—3 nicht korrekt. Das Gesetz verlangt z. B. trotz des entgegenstehenden Wortlautes der Nr. 1 nicht, daß eine mit lebenslängl. Zuchth. bedrohte Hdlg. stets mit Gef. von drei bis zu funfzehn Jahren bestraft werde, sondern es gestattet z. B. im Falle des § 81 — nach Maßgabe der Nr. 2 — auch eine Bestrafung mit Festungsh. von gleicher Dauer. Es berücksichtigt somit der Wortlaut der Bestimmungen der Nr. 1—3 nicht die alternativen Strafandrohungen. Wo solche sich finden, da ist für jede der alternativen Androhungen die nach § 57 eintretende mildere Androhung zu setzen (vgl. entsprechend § 44 N. 4); so lautet z. B. die Strafandrohung gegen jugendl. Personen im Falle des § 307 statt „Zuchth. nicht unter 10 J. o. lebenslängl. Zuchth." auf „Gef. von 1 J. bis 2 J. 6 Mt. o. Gef. von 3 bis 15 J." So: RG. IV 27. Feb. 00 E. 33 181, Berner S. 281, Binding Grundr. S. 227, Finger 1 517, Oppenh.-D. N. 9, Rubo N. 4, John StRZ. 12 210, Thomsen GS. 29 547. AM.: Hälschner 1 535 N. 2, v. Schwarze N. 6, auch Fuchs u. Teichmann StRZ. 11 249, 309.

7) Ausgeschlossen sind gegen jugendl. Personen folgende Hauptstrafen:

a. die Todesstrafe;

b. lebenslängliches oder zeitiges Zuchthaus;

c. lebenslängliche Festungshaft;

und folgende — aber nicht etwa auch andere (vgl. z. B. § 161 N. 3) — Nebenstrafen:

a. VbER. (§ 32 N. 7);

b. V. einzelner bER., wie sie in den §§ 33, 34 vorkommen (vgl. § 32 N. 1), namentl. die im § 35 besonders erwähnte UnfzV. öffentl. Ämter auf Zeit;

c. ZulvPolAufs. (§ 38 N. 3).

Eingeführt ist dagegen als eine sonst unbekannte Hauptstrafe: der Verweis (T. I Abschn. 1 N. 3a), außerdem ist das sonst zulässige Maximum der Gefängnisstr. von fünf J. (§ 16 N. 1) auf funfzehn (Nr. 1) und bzw. auf sieben J. sechs Mt. (Nr. $3_{1, 2}$) erstreckt.

Zu § 57 Absatz 1 Nr. 3. N. 8—10.

8) Ist die Hdlg. mit zeitigem Zuchth. oder einer anderen unter den Nr. 1 u. 2 nicht aufgeführten, möglicherweise fest bestimmten (Oppenh.-D. N. 14), Hauptstrafe bedroht, so tritt an Stelle dieser Strafandrohung gegen jugendl. Personen eine solche in Kraft, die als Minimum den Mindestbetrag der ursprünglich angedrohten Strafart und als Maximum die Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe selbst enthält. Dies gilt insbs. auch für den Fall, daß die Strafe (Geldstrafe) in dem Vielfachen oder in einem Teilbetrage eines gewissen Grundwertes besteht, also absolut bestimmt ist (§ 1 N. 10_3); RG. III 24. März 80, 5. Dez. 87, E. 1 334, 16 417, v. Liszt S. 278.

Hiernach ergibt sich, daß der Mindestbetrag der Strafandrohung gegen jugendl. Personen, wenn die Hdlg. nach Maßgabe des N. 4 Bemerkten mit Zuchth. bedroht ist, ein Jahr (und zwar nach Unterabs. 2 „Gefängniß") ist, während, wenn die Hdlg. mit Gef., Festungsh. oder Haft bedroht ist, der Mindestbetrag ein Tag dieser Strafarten ist, daß endlich, wenn die Hdlg. mit Geldstr. bedroht ist, der Mindestbetrag, je nachdem die Hdlg. ein V. o. V. oder eine Übertr. ist, drei oder eine M. beträgt; zit. RG. E. 16 417 (btr. der Geldstr.), Berlin 19. Juni 72, 4. Apr. 73, 10. Juni 74, St. 1 328, 2 306, O. 15 375, München 17. Feb. 72 St. 1 246.

Der Höchstbetrag ist immer die Hälfte des in concreto angedrohten Höchstbetrages, also, wenn Zuchth. oder Festungsh. bzw. Gefängnis ohne Beschränkung angedroht ist, sieben J. sechs Mt. bzw. zwei J. sechs Mt., weil alsdann die angedrohten Höchstbeträge funfzehn bzw. fünf Jahre sind (§§ 14, 17, 16).

9) Besondere Zweifel bietet die Anwendung der Vorschrift der Nr. 3 auf die für die Bestrafung des Versuchs (§ 44) und der Beihilfe (§ 49) Platz greifenden derivativen Strafrahmen (N. 4). Ist z. B. die Strafe des vollendeten Verbr. 1—5 J. Zuchth., so ist die des versuchten im Mindestbetrage 3 Mt. Zuchth., welche in $4^1/_2$ Monat Gef. zu verwandeln sind, im Höchstbetrage 4 J. 11 Mt. Zuchth. Die Strafandrohung

Digitized by Google

muß in ihre Bestandteile dahin zerlegt werden, daß der Versuch alternativ zu bestrafen ist entweder mit Gef. von $4^1/_2$ Mt. bis zu 1 J. 6 Mt. weniger 1 Tag (denn 1 J. 6 Mt. Gef. = 1 J. Zuchth.) oder mit Zuchth. von 1 J. bis zu 4 J. 11 Mt. Unter Anwendung des N. 6 Gesagten ergibt sich hiernach gemäß § 57_3 als Strafandrohung gegen die jugendl. Person: „Gef. von 1 T. bis zu 9 Mt. weniger 1 T. oder Gef. von 1 J. bis zu 2 J. $5^1/_2$ Mt." AM., obgleich alle vom richtigen Prinzip ausgehend: Geyer I 174 u. HH. 4 105, H. Meyer S. 417 N. 46 u. Oppenh.-D. N. 15, die zwar, ebenso wie v. Liszt S. 279 N. 4, richtig einen Tag Gef. als Strafmindestbetrag annehmen, aber jene Unterscheidung nicht machen.

10) An die Stelle der nach Nr. 3_1 gefundenen Zuchthausstr. tritt nach Unterabs. 2 „Gefängnißstr. von gleicher Dauer", nicht etwa eine nach Maßgabe des § 21 verlängerte Gefängnisstr.; demnach kann hier der im § 16 bestimmte Höchstbetrag überschritten werden (N. 7_2).

Vgl. darüber, ob im Falle der Realkonk. beim Zusammentreffen mit einer Zuchthausstr., die wegen einer nach Vollendung des achtzehnten Lebensjahres begangenen strafb. Hdlg. verhängt wird, die Zuchthausstr. zu erhöhen sei, §§ 74 N. 15, 79 N. $12c_2$.

Zu § 57 Absatz 1 Nr. 4. N. 11—17.

11) Der „Verweis" ist eine, dem StGB. sonst unbekannte (N. 7_2), Strafe; denn er ist ein Übel, das gegen den einer strafb. Hdlg. für schuldig befundenen Angeklagten durch ein die Hauptverhandlung beendigendes Urteil verhängt wird; lediglich mit Rücksicht darauf, daß die strafb. Hdlg. von einer jugendl. Person begangen wurde, ist das Strafübel milder als die ordentliche Strafe. Die Motive nennen den Verweis eine „Strafe", welche die eigentümliche Natur desselben als Erziehungsmittel qualifiziere. So die GM. insbs. RG. III 20. Sept. 88 E. 18 116. AM.: Kayser StRZ. II 193, Löning S. 55 (tadelnder u. warnender Hinweis auf die Strafbarkt. einer Hdlg. unter Verzicht auf deren Bestrafg.).

Der Verweis ist eine Hauptstrafe und zwar die leichteste im StGB. (T. I Abschn. 1 N. 3a, 6). Gleichzeitig ist sie auch die einzige Hauptstr. an der Ehre; Binding Grundr. S. 204, Dochow HRl. „Verweis", v. Liszt S. 254, Ellinger Verweis S. 47.

Nach EG. § 5 (das. N. 5) darf in Landesgesetzen Verweis, als Kriminalstrafe, nicht angedroht werden; im übrigen vgl. o. N. 5.

12) Nur bei „Vergehen und Übertretungen" (§ $1_{2, 3}$) ist der Verweis zulässig, nicht auch bei Verbr. (§ 1_1). Demgemäß kann der Verweis an die Stelle von Festungsh. bis zu 5 J., Haft und Geldstr. und namentl. auch Gef. treten, letzteres jedoch nicht bei einem unter mild. Umst. verübten und deshalb an sich mit Gef. zu bestrafenden Verbr., weil die mild. Umst. auf die Qualifizierung der Tat keinen Einfluß üben (§ 1 N. 7a); RG. IV 28. Sept. 86 N. 8 571.

13) Nur „in besonders leichten Fällen" kann auf Verweis erkannt werden. Den Ausdruck „leichtere Fälle" braucht der Entw. I auch noch im § 146, wo für ihn im StGB. „mild. Umst." substituiert sind. Nach der ausdrücklichen Erklärung der Motive zu § 146 (Entw. I § 145) ist jener Ausdruck gewählt worden, „um die lediglich objektiv mildere Seite des Verbr. zu kennzeichnen"; ähnlich im Anh. IV d. Mot. (Mild. Umst.). Man muß annehmen, daß im § 57 der Ausdruck in demselben Sinne gebraucht sei, ähnlich wie die Ausdrücke „minder schwere Fälle" in den §§ 94, 96. Es darf daher nicht deshalb auf Verweis erkannt werden, weil der Angeklagte zur Zeit der Tat das zwölfte Lebensjahr erst vor kurzem vollendet hatte, während andererseits auch ein zur Zeit der Tat dicht vor Vollendung des achtzehnten Lebensjahres stehender Angeklagter — ohne Rücksicht auf die Zeit der Aburteilung (Ellinger Verweis S. 49) — mit einem Verweise bestraft werden kann, wenn die Tat objektiv besonders leicht erschien, z. B. bei Unterschlgg. einer geringwertigen Fundsache. So: Rubo N. 7, 8, Ellinger aO. S. 58; auch Dochow HRl. „Verweis", Hälschner I 536, Oppenh.-D. N. 18, Rüd.-St. N. 10 u. v. Schwarze N. 11 erklären es für unstatthaft, die Annahme eines „leichteren Falles" auf die Jugend zu stützen. AM. Baumert Zurechnungsfähgkt. Jugendl. S. 50.

Digitized by Google

Bei einem infolge Zusammenhanges stattfindenden schwurgerichtl. Verfahren (§ 56 N. 20) gebührt die Feststellung eines „besonders leichten Falles" nicht den Geschworenen; denn StPO. § 295 ordnet nur an, daß geeignetenfalls über solche vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit vermindern, Nebenfragen vorzulegen seien; außerdem sind die Geschworenen prinzipiell auf die Beantwortung der Schuldfrage beschränkt und hiervon bildet der ihnen die Entscheidung über die Frage der mild. Umst. zuweisende § 297 die einzige Ausnahme; so: RG. II 10. Feb. 82 E. 6 25, Oppenh.-D. N. 18, Ellinger aO. S. 61, Rosenfeld Strafprozeß S. 399 N. 2, Löwe-H. StPO. § 297 N. 1, Stenglein StPO. § 207 N. 3; aM. Dalcke Fragestellg. S. 55.

Auch i. S. der StPO. §§ 262, 266 ist der „besonders leichte Fall" nicht als ein „strafvermind. Umst." anzusehen; die Frage, ob ein solcher vorliege, betrifft ausschließlich die Strafzumessung, worüber der Richter nicht notwendig sich aussprechen muß; so zit. RG. E. 6 25.

14) Weder das StGB. noch die StPO. geben nähere Vorschriften über die Form des Verweises. Die Bestimmung der Form steht daher im richterlichen Ermessen, wie solches auch durch EGfEL. Art. XII Abs. 4 anerkannt wird; RG. I 26. Jan. 93 E. 23 403, Berlin OAG. 9. Juni 71 O. 12 320, Binding Grundr. S. 204, Finger 1 474, H. Meyer S. 378, v. Wächter S. 102, Ellinger Verweis S. 84, Kollenscher G. 47 272, Löwe-H. StPO. Buch VII Abschn. 1 N. 3b, v. Schwarze StPO. § 495 N. 2; nach Frank N. II 3 soll dagegen das Ermessen des Vollstreckungsbeamten entscheiden (s. u. Abs. 3).

Der Landesgesetzgbg. steht nicht das Recht zu, den Richter in dieser Beziehung zu beschränken, denn im StGB. ist die Materie des Verweises geregelt und aus dem Mangel einer Vorschrift über die Form ergibt sich die Unbeschränktheit des richterlichen Ermessens. So: Dochow HRl. „Verweis", v. Schwarze N. 11. AM.: Finger 1 475, Hälschner 1 605, Kayser HH. 4 42, H. Meyer S. 379, Rubo N. 8, v. Kries S. 769 und, soweit es um die bestehenden Vorschriften über die Strafvollstreckung sich handelt, Rüd.-St. N. 12.

Hat der Richter über die Form des Verweises eine Bestimmung nicht getroffen, so greift StPO. § 490 Platz; aM. München OberstesLG. 21. Juni 00 E. 1 107, die Strafvollstreckungsbehörde habe, falls das Urteil eine Bestimmung nicht enthalte, die Form des Verweises zu bestimmen; das Gericht werde erst i. F. der Erhebung von Einwendungen (StPO. §§ 483, 490$_1$) befaßt.

15) Da der Verweis eine Strafe ist, so darf ein darauf lautendes Urteil nach StPO. § 481 nicht vollstreckt werden, bevor dasselbe rechtskräftig geworden; Berner S. 238, Binding Grundr. S. 204, Finger 1 475, Hälschner 1 605, v. Liszt S. 266, H. Meyer S. 378, Ellinger Verweis S. 78; auch Frank N. II 3, der jedoch zweifelhaft ist, ob der Verweis überhaupt vollstreckt werden dürfe. Es kann deshalb weder die Verkündung des Urteils als Erteilung des Verweises gelten (RG. I 14. Okt. 86 E. 14 421), noch darf die Erteilung des Verweises unmittelbar mit der Urteilsverkündung verbunden werden, wenn sie auch nach etwaigem beiderseitigen Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels (StPO. § 344) an die Urteilsverkündung angeschlossen werden kann; das zit. RG. hat aber zutreffend angenommen, daß im Falle einer Verweiserteilung sofort nach der Urteilsverkündung der demnächstige Eintritt der Rechtskraft des Urteils der Verweiserteilung — trotz der Ungesetzlichkeit — Wirksamkeit verleihe (§ 244 N. 6 letzt. Abs.).

16) Nach StPO. § 483 erfolgt die Strafvollstreckung durch die StAschaft bzw. ev. hinsichtlich der zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen durch den Amtsrichter. Hieraus folgt aber nicht, daß die Strafvollstreckungsbehörde den Verweis zu erteilen habe; ihr liegt nur ob, die Erteilung des Verw. herbeizuführen; wer solches zu tun hat, hängt vom Inhalte des erlassenen Urteils ab (N. 14). Nach Maßgabe desselben hat die Vollstreckungsbehörde möglicherweise die Erteilung des Verweises selbst vorzunehmen, möglicherweise aber auch nur den Verurteilten zur Gerichtssitzung behufs Erteilung des Verweises durch das Gericht laden, bzw. ihm den schriftlich erteilten Verweis behändigen zu lassen. So: Dochow HRl. „Verweis", v. Kries S. 769. AM. einerseits: Binding Hb. I 858 u. Grundr. S. 204, Birkmeyer Enzykl. S. 1139 (das Gericht), andererseits: RG. I 26. Jan. 93 E. 23 403, v. Liszt S. 266, H. Meyer S. 378, Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 281,

Digitized by Google

Frank N. II 3, Ellinger Verweis S. 81, (die StAschaft bzw. der Amtsrichter); vgl. ferner Finger I 475, der in eigenartiger Weise unterscheidet; auch die Praxis der OLGerichte ist geteilt (Berlin KG., Cöln: das Gericht, dsgl. Dresden nach Maßgabe der Kgl. SächsAusführungsV. v. 24. Sept. 1879, dagegen Celle, München: die StAschaft).

Was besonders die Vollstreckung eines schriftlichen Verweises betrifft, so ist diese nur für bewirkt zu erachten, wenn letzterer dem Verurteilten selbst zugegangen ist. Wird der Verweis dem Verurteilten nach §§ 36 f. StPO. zugestellt, so gibt die nach ZPO. §§ 181 ff. bewirkte Ersatzzustellung an sich die Sicherheit für die Aushändigung des Verweises an den Verurteilten nicht; aber der Verweis ist dennoch für vollstreckt u. somit „Bestrafung" i. S. des § 244 für eingetreten zu erachten, wenn anderweitig der Beweis, daß dem Verurteilten das den Verweis enthaltende Schriftstück persönlich zugegangen ist, geführt wird; RG. IV 21. Okt. 98 E. 31 285.

17) Wegen Verjährung der Strafvollstreckung eines auf Verweis lautenden Urteils vgl. § 70 N. 4 sowie wegen Kumulierung des Verweises bei Realkonk. § 74 N. 4_3.

Zu § 57 Absatz 2. N. 18—20.

18) Die nach Maßgabe des Abs. 1 erkannte Freiheitsstr. (Gef., Festungsh., Haft) ist nach dem Wortlaute des Abs. 2 „in besonderen, zur Verbüßung von Strafen jugendlicher Personen bestimmten Anstalten oder Räumen" zu vollziehen. Diese Bestimmung kann jedoch, weil sie zu einem absurden Resultat führen würde, nur unter der sinngemäßen Beschränkung verstanden werden, „soweit diese Strafen gegen jugendl. Personen zur Vollstreckung kommen"; denn anderenfalls müßte jemand, der in späterem Alter wegen einer in der Jugend begangenen strafb. Hdlg. zu einer Freiheitsstr. verurteilt wird, diese ebenfalls in einer solchen Anstalt verbüßen, desgleichen müßte dieses jemand tun, soweit auch die gegen ihn im jugendl. Alter erkannte Strafe die Zeitdauer des jugendl. Alters überschreitet, z. B. wenn ein Siebzehnjähriger zu funfzehn J. Gef. verurteilt wird. So: Oppenh.-D. N. 21, Ortloff GS. 26 62, Bruck Zurechnungsfhgkt. S. 79 N. 19. AM. Rubo N. 11 u. Baumert Zurechnungsfhgkt. Jugendl. S. 53, die an den Wortlaut sich halten.

19) Was unter „jugendlichen Personen" zu verstehen sei, definiert das StGB. nicht. Man wird deshalb, während die Grenze nach unten hin aus $§ 55_1$ sich bestimmt, nicht genötigt sein, mit Rücksicht auf die in den §§ 56_1, 57_1 gegebenen Vorschriften das jugendl. Alter i. S. des $§ 57_2$ mit Vollendung des achtzehnten Lebensjahres als abgeschlossen anzusehen, vielmehr i. S. dieser Bestimmung nach Analogie des $§ 56_2$ (das. N. 13) anzunehmen haben, daß ein Verurteilter, der eine Freiheitsstr. verbüßt, bis zur Vollendung des zwanzigsten Lebensjahres als „jugendl. Person" zu gelten habe. Die Grundsätze des BR. btr. den Vollzug von Freiheitsstr. (T. I Abschn. 1 N. 1) § 4 bestimmen, daß jugendl. Personen in den besonderen Anstalten bis zum vollendeten 20. Lebensj. u., falls der dann noch zu verbüßende Strafrest 3 Mt. nicht übersteigt, bis zur Verbüßung dieses Strafrestes behalten werden.

20) Abs. 2 enthält in den Worten „ist zu vollziehen" eine zwingende Anordnung und zwar für die Strafvollstreckungsbehörde i. w. S.; im Urteil ist deshalb eine bezügliche Verfügung nicht zu treffen.

§. 58.

Ein Taubstummer, welcher die zur Erkenntniß der Strafbarkeit einer von ihm begangenen Handlung erforderliche Einsicht nicht besaß, ist freizusprechen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 56. StB. S. 234.

1) „Taubstumm" ist nicht schon der, welcher des Gehörs und der Sprache beraubt, und deshalb „taub u. stumm" ist, sondern nach dem Sprachgebrauche des Lebens nur der, welcher des Gebrauchs jener beiden Sinnesorgane von Geburt an oder wenigstens seit so früher Kindheit beraubt ist, daß dadurch die Entwickelung des Individuums in entscheidender Weise gehemmt ist; so: H. Meyer S. 153, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 1; aM.: Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2 A. 4, Köhler Strafantrag S. 55.

Digitized by Google

Darüber, daß nach Maßgabe dieser Begriffsbestimmung die Frage, ob Angeschuldigter „taubstumm" sei, im Zweifelsfalle zu seinen Gunsten zu bejahen ist, vgl. § 55 N. 3_2.

2) Die positive Feststellung der erforderlichen Einsicht ist auch hier, wie im § 56 (das. N. 3), die Voraussetzung für die Verurteilung, wenn auch eine dem Abs. 1 des § 57 entsprechende Wortfassung nicht zur Seite steht. Es folgt dieses jedoch aus der Natur der Sache, auch schreibt StPO. $§ 298_2$ in Übereinstimmung damit und gerade ebenso wie Abs. 1 das. für den Fall des § 56 vor, daß, wenn ein Angeklagter taubstumm ist, die bezügliche Nebenfrage aus § 58 gestellt werden muß. So: RG. IV 2. Dez. 92 E. 23 351, Berner S. 85, Hälschner 1 224, v. Liszt S. 168, H. Meyer S. 150, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 2. AM.: Schütze S. 97, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 3.

Im übrigen sind über die Bedeutung der Vorschrift des § 58 die, hier entsprechende Anwendung findenden, N. 3—8 zum $§ 56_1$ zu vergleichen.

3) Eine analoge Ausdehnung des in den §§ 56 u. 58 lediglich hinsichtl. jugendl. Personen u. Taubstummer ausgesprochenen Grundsatzes der Freisprechung i. F. nicht vorhandener Einsicht zur Erkenntnis der Strafbarkeit auf andere Personen, bei denen diese Einsicht gleichfalls fehlt, erscheint nach dem § 56 N. 4 Bemerkten völlig ausgeschlossen; es würde sich um eine unzulässige Rechtsanalogie (§ 2 N. 4) handeln; so v. Liszt S. 168; aM.: Finger 1 219, 244 f., v. Lilienthal S. 33, Löning S. 28, Wachenfeld v. H.-K. Enzykl. 2 262, Frank N. 11; auch Birkmeyer Enzykl. S. 1124 neigt dazu. Vgl. übrigens § 51 N. 10.

4) Im Unterschiede von den bezüglich der jugendl. Personen gegebenen Vorschriften ($§ 56_2$) kann bei Nichtfeststellung der Einsicht eines Taubstummen in dem ergehenden freisprechenden Urteil nicht angeordnet werden, daß der Taubstumme in eine Anstalt gebracht werde. Ebensowenig treten im Falle einer Verurteilung Strafmilderungen nach Analogie des § 57 ein; regelmäßig wird jedoch Taubstummheit ein Strafmilderungsgrund innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens bzw. ein mild. Umst. sein; Berner S. 85, Schütze S. 97 N. 28.

5) In prozessualer Hinsicht sind die, hier entsprechende Anwendung findenden, N. 15, 16 zum § 56 zu vergleichen; für das schwurgerichtl. Verfahren kommt jedoch Abs. 2 des § 298 StPO. in Betracht. Dagegen trifft das N. 18 das. Bemerkte hier nicht zu (s. o. N. 4).

§. 59.

Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntniß selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

PrStGB. § 44. Entw. I § 52, II § 57.

aberratio ictus 27.
Anwendung des § 59 auf:
objekt. Tatbestände 11,
Polizeidel. 12,
Übertr. 9.
Begehung d. strafb. Hdlg. 8.
„Bei d. Bestrafung" 11.
Dolus 16,
eventueller 6, 32.
error, in objecto 26,
juris nocet 30.
Fahrlässigkeit 17,
Grade ders. ebenda.
Fragestellg. im schwurg. Verf. 21.
Handlung, strafb. 9, 14,
vorsätzl. 15, 16,
fahrlässige 13, 17.
„Jemand" 10.
Irrtum 7, Tat- u. Rechts- . . . 1,
insbs. Tat . . . . 1, 2, 23 ff.,
bezügl. d. Ausführg. d. Hdlg. 27,
bezügl. d. Erfolges 28,
bezügl. d. Motives 26.
Kennen 6.
Motiv; Irrt. 26.
Prozessuales 20—22, 29.
Rechtsirrtum 2, 30 f.
Rechtswidrigkeit, Bewußtsein d. 16, 30 f.,
obj. Tatbestandsmerkmal 30.
Status, Irrtum 29.
Strafbare Hdlg. 14.
Strafantrag, Erfordernis, Irrt. 33.
Strafbarkt. d. Hdlg., Irrt. 33.
Tatbestand, gesetzlicher 4 a.
Tatumstände 1,
innere u. äußere 3.
Tatumstände, z. gesetzl. Tbstd. gehörige 4 a, 5, 25 a,
strafaufh. 24 c,
strafausschl. 20 a, 24 b, 25 d,
straferhöh. 4 b, 5, 20 b, 25 b,
strafvermind. 20 b, 24 a, 25 c.
Teilnahme 14.
Übertretungen 9.
Umstände s. Tatumstände.
Unkenntnis 7, 24,
durch fahrlässigkt. verschuldet 18, 19;
Feststellung d. Unkenntnis 22.
Unvorsichtigkeit 17 a.
Vorsatz 16.
Voraussehbarkeit d. Erfolges 17 b.
Voraussetzungen, obj. . . . einer Hdlg.; Irrt. 33.
Zurechnung 11 f.

Digitized by Google

Zu § 59 Absatz 1. N. 1—16.

1) Der Abs. 1 handelt von der Unkenntnis des Täters bezüglich gewisser „Tatumstände" der von ihm begangenen strafb. Hdlg. (nicht etwa von der Unkenntnis von Begriffsmerkmalen, deren Gesamtheit das Strafgesetz bildet; RG. II 31. Jan. 90 E. 20 198). Was die Bedeutung dieses Ausdrucks betrifft, so betonen die Motive zum Entw. I u. II gleichmäßig, daß § 59_1 gegenüber PrStGB. § 44 nur redaktionelle Änderungen erfahren habe; die Entstehungsgeschichte dieses letzteren (vgl. Goltd. Mat. 1 434 u. Beseler PrStGB. § 196) ergibt unzweifelhaft, daß er nur vom sog. Tat-, nicht aber vom Rechtsirrtum handelt. Man wird deshalb, worauf auch der Wortausdruck des Gesetzes von vornherein führt, § 59 lediglich auf den Tatirrtum beziehen und die Lösung der Frage nach dem Einfluß des Rechtsirrtums der Theorie überlassen müssen (N. 30). So: Hälschner 1 260, 266, Schütze S. 129 N. 9, Frank N. 1, v. Schwarze N. 13_3, Ortmann GS. 30 34, Bruck Fahrlässigkeit S. 24. AM.: Binding Grundr. S. 99 und Normen 1 91, 2 607, Finger 1 243, 246, Oetker Rechtsirrtum S. 83 sowie v. Liszt S. 177, die annehmen, daß § 59 mit der Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum nichts zu tun habe, diese auch mit Löning S. 36 für unbrauchbar bzw. verfehlt erachten. Vgl. übrigens auch Köhler Rechtsirrtum und Kohlrausch Irrtum.

2) Allerdings ist nicht außer acht zu lassen, daß ein seit langem hergebrachter Sprachgebrauch den Irrtum, der auf einen nicht dem Strafrechte, sondern anderen Rechtsgebieten angehörenden Rechtssatz sich bezieht, nur als Tatirrtum ansieht, wenn er auch in der Tat Rechtsirrtum ist; vgl. N. 30 sowie Hälschner 1 264, v. Schwarze S. 146, 168 N. 1, Kohler Patentr. S. 528. Da man von dieser Auffassung auch bei der Redaktion des PrStGB. ausgegangen ist (Goltd. Mat. 1 378), bei derjenigen des RStGB. eine abweichende Auffassung aber nicht hervorgetreten ist, so rechtfertigt sich die Annahme der GM. (vgl. außer v. Wächter insbs.: Berner S. 121, Schütze S. 128 N. 6, Frank N. 1 u. VI, Oppenh.-D. N. 15, Rüd.-St. N. 8), es sei § 59 von dieser Art des Rechtsirrtums gleichfalls zu verstehen. Dem hat auch die Praxis sich angeschlossen und zwar sowohl die frühere (Berlin 15. Dez. 74, 13. Jan., 13. Feb., 4. Mai 76, 28. Juni 77, 2. Apr. 79, O. 15 871, 17 27, 114, 320, 18 490, 20 181, München 4. Dez. 76 St. 7 11) als auch namentl. diejenige des RG., das geradezu von einem dem „tatsächlichen Irrtum gleichstehenden Rechtsirrtum" spricht (I 27. Mai 81, III 3. März 84, E. 4 233, 10 234, IV 16. Apr. 86 N. 8 295) und in weiteren zahlreichen Entscheidungen die „Unkenntnis einer nicht dem Strafrechte angehörenden Rechtsnorm" bzw. insbs. den Irrtum über zivilrechtl. o. öffentlichrechtl. Normen (vgl. z. B. I 25. März 01 G. 48 135 btr. Irrt. über die Form, in der eine PolV. erlassen werden muß) als unter § 59 fallend anerkannt hat, sowie nunmehr auch das RMG. (II 8. Apr. 03 E. 5 33).

I. Vgl. Entscheidungen des RG. ergangen zum

a. StGB. insbs.

§ 97: III 28. Sept. 91 E. 22 141 (Irrt. über das Vorhandensein des Beleidigten als Mitgliedes des landesherrl. Hauses);

§ 110: III 22. Dez. 02 G. 50 122 (fehlendes Bewußtsein davon, daß die Einhaltung der Vertragsabrede — GewerbeO. § 122 — nicht durch eine zivilrechtl. Vorschrift geboten sei), dagegen: II 6. Nov. 03 E. 36 417 (der Irrt. über die Rechtsgültigkt. des G., dem nicht zu gehorchen aufgefordert wird, als unerhebl. strafr. Irrt.);

§ 112: II 8. Nov. 95 E. 27 406 (wie das u. zu § 141 zit. E. 26 314; vgl. jedoch § 112 N. 3);

§ 137: II 16. Apr. 80, 25. Jan. 81, E. 1 368, R. 2 755 (Irrt. über die Vorschrift des PrZivilrechts, daß die Beschlagnahme auch die Pertinenzien eines Grundstücks ergreife); II 13. Juni 84 E. 10 425 (irrt. Annahme, der diese bewirkende Beamte sei nicht zuständig, die Beschlagnahme vielmehr eine an sich gesetzl. unzulässige Maßregel); II 11. Dez. 94 E. 26 308 (irrige Annahme, die Beschlagnahme bestehe nicht mehr);

§ 141: I 15. Dez. 94 E. 26 314 (Irrt. über die Eigenschaft eines vorläufig in die

Digitized by Google

Heimat beurlaubten Rekruten als deutschen Soldaten sei kein beachtlicher Irrt. im Gebiete des Militärr., sd. ein solcher im Gebiete des Strafr.; vgl. aber § 141 N. 5);

§ 169 (§ 271): III 19. Feb. 91 E. 21 411 (irrt. Meinung eines die Vaterschaft zu einem außerehel. Kinde Anerkennenden, zu der Anerkennung nach Zivilrecht berechtigt zu sein);

§ 171: III 15. Okt. 83 E. 9 84 (Irrt. bezügl. der die Eingehung u. Auflösung einer Ehe beherrschenden Grundsätze des bürg. R.);

§ 223: I 15. Jan. 00 E. 33 32, 71 (Irrt. über die Rechtsnormen, durch welche die Voraussetzungen des Verhältnisses geregelt sind, mit welchem ein vom Staat anerkanntes Züchtigungsr. verbunden ist, bzw. btr. derj. Vorschriften, die von den zuständigen Verwaltungsorganen über das Züchtigungsr. gewisser Personen gegeben sind);

§§ 223, 230: II 5. Nov. 01 E. 34 443 (Irrt. über die Zulässigkt. der Mittel zur vorläuf. Festnahme i. S. von StPO. § 127);

§ 235: I 14. März 01 E. 48 132 (rechtsirrt. Annahme, das elterl. Erziehungs- u. Verfügungsr. sei bezüglich des Kindes verwirkt);

§ 239: II 15. Nov. 91 E. 39 331 (Irrt. btr. der zivilrechtl. Befugnis z. Einsperrung eines Dienstboten);

§ 240: III 22. Apr. 82 R. 4 379, IV 25. Apr. 90 E. 38 179, II 27. Feb. 94 E. 25 150 (alle btr. Annahme erlaubter Selbsthilfe o. Notwehr auf Grund zivilrechtl. Irrtums);

§ 259: III 22. Jan. 00 E. 33 120 (Irrt. btr. die zivilrechtlichen Folgen des Erwerbes einer gestohlenen Sache);

§ 267: II 2. Mai 82, IV 21. Juni 92, 29. Apr. 84, E. 6 251, 23 180, R. 6 323 (Irrt. hinsichtl. d. obj. Rechtswidrigkt. auf Grund irriger zivilrechtl. Ansichten);

§ 271: IV 20. Sept. 87 R. 9 451 (Irrt. bezügl. der Berechtigung, als Vertreter eines anderen auch zur Benutzung des Namens desselben befugt zu sein);

§ 286: I 22. Nov. 80 E. 3 49 (Irrt. btr. Erteilung der zur Veranstaltung einer öffentl. Lotterie erforderlichen obrigkeitlichen Erlaubnis);

§ 289: II 9. Apr. 86 R. 8 272 (Irrt. des Mieters bezügl. seiner Berechtigung zur Fortschaffung der eingebrachten Mobilien);

§ 292: III 3. März 84 E. 10 234 (Irrt. bezügl. der Eigenschaft der Jagdbarkeit eines wilden Tieres);

§ 303: IV 26. März 89 E. 19 209 (Irrt. eines Jagdberechtigten über das Recht zur Tötung eines fremden im Jagdreviere befindlichen Hundes);

§ 328: II 21. Okt., 9. Dez. 79, E. 1 1, R. 1 132 (Irrt. über die Tragweite getroffener polizeil. Anordnungen; abweichend dagegen: I 4. Dez. 99 E. 32 414, insbs. 417, der Irrt., die verletzte Polizeivorschrift habe auf den Marktverkehr keine Anwendung, sei ein solcher über Inhalt u. Tragweite des Strafges.); I 6. Juli 03 E. 36 359 (Irrt. über die Rechtsgültigkeit einer auf Grund der §§ 18—26 RViehseuchenG. v. 1. Mai 1894 erlassenen pol. Anordnung);

§ 341: III 15. Feb. 83 E. 8 104 (Irrt. über die Voraussetzungen für eine vorläufige Festnahme);

§ 345_2: IV 1. Juni 97 E. 30 135 (Irrt. eines mit der Vollstreckg. einer Freiheitsstr. befaßten Amtsrichters, daß ihm eine Pflicht zur Überwachung des Vollzuges in der Anstalt nicht obliege);

§ 348_1: I 8. Apr. 86 R. 8 266 (Irrt. über den Begriff einer erwachsenen Person i. S. der ZPO. § 181_1); IV 14. Feb. 90 E. 20 235 (Irrt. eines PrSchiedsmannes über die Notwendigkeit des persönl. Erscheinens des Antragstellers im Sühnetermin); III 12. Dez. 92 E. 40 316 (Irrtüml. Auslegung des § 13^1 PersonenstdsG. seitens eines Standesbeamten); I 5. Jan. 94 E. 25 69 (Irrt. über den Charakter einer Urk. als einer öffentl.);

§ 348_2: II 29. Okt. 95 E. 27 401 (Irrtüml. Annahme einer öffentl. rechtl. Befugnis zur Vernichtung ꝛc. der amtl. übergebenen Urk.);

§ 359 i. V. mit § $174^{2,3}$ bzw. § 348: III 20. März, 9. Jan. 93, E. 24 83, 23 374 (Irrt. über die eigene Beamteneigenschaft u. zwar im zweiten Falle ohne Unkenntnis irgendwelcher äußerlich wahrnehmbaren Tatsachen);

Digitized by Google

§ 367⁵: I 10. Juni 86 N. 8 446 (Irrt. über die Verpflichtung zur Bestellung eines approbierten Vertreters nach Maßgabe der PrZirkularverf. v. 11. Aug. 1864 § 16);

b. PersonenstdsG. § 67: zit. E. 4 233 (Irrt. über die Zulänglichkeit eines Nachweises btr. stattgehabter standesamtl. Eheschlßg. als Bedingung einer kirchl. Feierlichkeit);

c. SprengstoffG. § 9₂: IV 13. Okt., III 15. Okt. 85, E. 12 431, 13 22 (Irrt. über die gemäß § 9 erlassene staatl. Anordnung wg. Zuständigkeit der Behörde; aM. ORA.);

d. WarenzeichenschutzG. v. 12. Mai 1894 § 14: III 2. Feb. 03 G. 50 133;

e. AuswanderungsG. v. 9. Juni 1897 § 44: IV 2. Feb. 04 E. 37 66 (Irrt. in der Auslegung etwaiger Verwaltungsvorschriften als unbeachtl. Rechtsirrt.);

f. InvalidenVG. v. 13. Juli 1899 § 187₂: I 1. Dez. 02 G. 50 117.

II) Vgl. ferner Entscheidungen des RMG. ergangen zum MStGB.:

E. II Abschn. 6 §§ 89 ff.: I. 5. Mai 02, II 5. Aug. 03, E. 3 27, 5 298;

§ 141: II 21. Juli 03 E. 5 270.

3) Entsprechend der Einteilung der Tatsachen in innere und äußere (§ 131 N. 2₂) können auch die Tatumstände i. S. des § 59 innere oder äußere sein. Dabei ist aber nicht außer acht zu lassen, daß § 59 über die gesetzlichen Merkmale des konkreten Verbr. sich verhält, nicht aber über die allgemeinen Voraussetzungen der Verbr., wie namentl. Zurechnung, Vorsatz ꝛc. So die GM.

4) Die nach Abs. 1 in Betracht kommenden Tatumstände sind:

a) Tatumstände, „welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören". Mit dem allein an dieser Stelle des StGB. gebrauchten Ausdruck „gesetzlicher Tatbestand" werden nicht bloß die im Gesetze ausdrücklich hervorgehobenen Merkmale, sondern alle tatsächlichen Momente bezeichnet, die für den Begriff der btr. strafb. Hdlg. in objektiver und subjektiver Hinsicht wesentlich sind; RG. III 3. März 84 E. 10 234 (btr. den Irrt. über die Jagdbarkeit des Wildes i. F. des § 292); vgl. übrigens auch III 15. Feb. 83 E. 8 104, alles, dessen Kenntnis durch die gesetzliche Definition eines einzelnen B. o. B. bei dem Täter ausdrücklich gefordert werde, sei ein „Tatumstand". Freilich kommt den im Strafgesetze ausdrücklich hervorgehobenen Tatumständen — den „gesetzlichen Merkmalen der strafb. Hdlg." i. S. der StPO. § 266 — eine besondere prozessuale Bedeutung insofern zu, als deren Feststellung im Falle einer Verurteilung des Angeklagten unerläßlich ist, während die Feststellung der übrigen Merkmale des „gesetzlichen Tatbestandes" nur dann erfolgen muß, wenn bezüglich eines solchen Merkmals von zuständiger Seite Zweifel angeregt sind; allein dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß in materieller Beziehung der „gesetzliche Tatbestand" aus dem weiteren Begriffe des Wortes „Gesetz" als jeder Rechtsnorm (EGStPO. § 7), zu erläutern ist; für den materiellen Verbrechensbegriff erscheint es aber gleichgültig, ob ein bestimmtes Merkmal durch das besondere Strafgesetz erfordert wird oder ob es aus allgemeinen Rechtsnormen sich ergibt.

b) Tatumstände, „welche die Strafbarkeit erhöhen". Und zwar diejenigen der „strafb. Handlung", von der vorher die Rede ist (§ 50 N. 3). Deshalb ist § 59 auf den höchstpersönlichen Straferhöhungsgrund des Rückfalls nicht mit zu beziehen; aM. Binding Grundr. S. 99. Hiernach decken sich jene Tatumstände mit den straferhöh. Umst. im formellen S. der StPO. §§ 262₂, 264, 266, 295, zu denen nach StPO. § 262₃ die „Voraussetzungen des Rückfalls" gleichfalls im Gegensatz stehen.

5) Die im Abs. 1 zwischen den „Tatumständen" gemachte Unterscheidung fällt, wie Binding Grundr. S. 99 hervorhebt, keineswegs mit derjenigen zwischen Delikts- (o. Normwidrigkeits-) und Strafbarkeitsmerkmalen i. S. seiner Ausführungen in den Normen 1 194 ff. zusammen; so kann namentl. ein bloßes Strafbarkeitsmerkmal zum „gesetzlichen Tatbestande" gehören oder auch nur als „straferhöh. Umst." sich darstellen. Jedenfalls aber verlangt Abs. 1 behufs „Zurechnung", daß der Täter auch Kenntnis aller — ihrer Natur nach übrigens stets ausdrücklich hervorgehobenen — Strafbarkeitsmerkmale habe, soweit solche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen; doch gibt es davon Ausnahmen (vgl. §§ 126 N. 3₂, 240 N. 13, 241 N. 6).

Digitized by Google

6) Das „Kennen" des Vorhandenseins der erörterten Tatumstände, das die Voraussetzung für deren Zurechenbarkeit bildet (N. 11 ff.), ist nicht gleichbedeutend mit „Wissen" (scire), d. h. der auf objektive Momente gestützten Überzeugung, sondern bezeichnet vielmehr nur das der objektiven Wahrheit entsprechende „Sichvorstellen" oder „Fürmöglichhalten" (cogitare), ohne subjektive Überzeugung; so: Waag GS. 34 254, Lucas Subj. Verschldg. S. 35 ff.; aM. Rubo N. 5, die Tatumstände dürften nur dem zugerechnet werden, der es wußte, daß sie vorliegen. Wie Lucas des näheren nachgewiesen hat, ergibt die Entstehungsgeschichte des dem § 44 des PrStGB. nachgebildeten § 59, daß der Gesetzgeber in keiner Weise den festen Boden der bisherigen Theorie und Praxis verlassen wollte, somit zweifellos auch für die Regel (wg. der Ausnahmen s. u. letzter Abs.) der eventuelle Dolus zur Bestrafung genügen soll, d. h. das Bewußtsein des Täters, daß derjenige Erfolg, von dessen Verursachung das Gesetz die Strafbarkeit abhängig macht, durch seine Hdlg. herbeigeführt werden könne, unter der Voraussetzung, daß er mit diesem Erfolge, wenn er eintritt, einverstanden ist (ihn also nicht innerlich ablehnt), daß er also diesen wenigstens eventuell in seinen Willen aufnimmt; RG. II 8. Jan. 84, III 6. Juni 85, 7. Dez. 99, I 24. Nov. 87, 13. Apr. 91, E. 9 417, 12 297, 33 4, 16 363, 21 420, IV 7. Juni 87 R. 9 351, RMG. II 15. Apr. 03 E. 5 41. Es ist hiernach zur Bestrafung das kaum jemals vorhandene, absolute Wissen sämtlicher Tatumstände einer strafb. Hdlg. nicht erforderlich, sondern nur deren Fürmöglichhalten unter der eben bezeichneten Voraussetzung. So die GM., insbs. die Praxis des RG. ausweislich folgender Entscheidungen zum StGB.

§ 130: zit. E. 9 417 (das Bewußtsein, der öffentl. Friede könne gefährdet werden, in Verbindung mit dem Einverständnisse des Erfolges, wenn er eintrete, genüge);

§ 171: I 31. März 81 E. 4 38 (Zweifel des einen Ehegatten, ob der andere bereits verstorben);

§ 176[3]: I 28. Apr. 84 E. 10 337, IV 20. Dez. 87 R. 9 742 (nur die bestimmte Annahme eines Alters über 14 J. schließe den Tatbestand aus);

§ 292: III 3. März 84 E. 10 234 (zur Ausschließung der Strafe sei die Negativfeststllg., der Täter habe die Jagdbarkeit des Tieres nicht gewußt, unzureichend);

§ 308: III 8. Feb. 82 E. 6 22 (es genüge, wenn der Täter auch nur „bedingt" das Inbrandsetzen der Waldung in seinen Willen aufgenommen habe);

§ 348: zitt. E. 12 297, R. 9 361 (vgl. § 348 N. 10a);

§ 352: zit. E. 16 363 (vgl. § 352 N. 4).

Mit Recht wurde aber selbst eventueller Dolus verneint:

a. weil der Täter nicht einmal der Möglichkeit der Herbeiführung des strafrechtl. Erfolges sich bewußt war; IV 14. Feb. 90 E. 20 235 (btr. § 348);

b. weil der Täter trotz vorliegenden Zweifels in der Erwartung, die Möglichkeit werde nicht zutreffen, mit dem dennoch eintreffenden Erfolge nicht einverstanden war; zit. RG. E. 21 420 (btr. § 176[3]).

Die Ausnahmsfälle, in denen ein dolus eventualis nicht für ausreichend zu erachten ist, sind nicht selten, dabei ist jedoch zu beachten, daß es sich häufig nur um dessen Ausschluß in einer bestimmten Richtung handelt, während im übrigen der Regel gemäß auch der bloß eventuelle Dolus den subjektiven Tatbestand erfüllt. Ausgeschlossen ist der dolus eventualis, soweit ein Handeln „wider besseres Wissen" erfordert wird (§§ 164 N. 7, 187 N. 3, 189 N. 2, 278 N. 1), dsgl. wo es ausdrücklich heißt „wissend" (§ 131 N. 13) bzw. „nach erkannter Unechtheit" (§ 148 N. 2), ferner da, wo „absichtliches" Handeln erfordert wird, sei es durch Gebrauch der Worte „Absicht, absichtlich" (§§ 133 N. 8, 140 N. 2a, 143 N. 1, 225 N. 2, 235 N. 8, 242 N. 27, 263 N. 49, 274 N. 7a, 12, 288 N. 14, 289 N. 11, 346 N. 3), sei es durch die Worte „um ... zu" (§§ 131 N. 6, 146 N. 4, 147 N. 3b, 234 N. 6, 253 N. 8, 257 N. 12), ferner in den Fällen, wo mit dem letzteren Ausdruck wirklich das Motiv — der erstrebte Endzweck — bezeichnet wird (§§ 236 N. 6, 237 N. 5), endlich, wo ein vorsätzliches Handeln „zu Gunsten" o. „zum Nachteil" jemandes erfordert wird (§§ 334 N. 4, 336 N. 3, 344 N. 3b).

7) Nach der Vorschrift des Gesetzes bildet nicht die „Kenntniß" der fr. Tatumstände die Voraussetzung ihrer Zurechnung, sondern die „Unkenntniß" ist umgekehrt die Bedingung

Digitized by Google

für die Nicht-Zurechnung. Wenn auch diese negative Fassung im PrStGB. darauf hindeuten sollte, daß der Angeklagte die Beweislast zu tragen habe (Goltd. Mat. 1 380), so ist man doch — ausweislich der Motive — bei der Redaktion des § 59 von der entgegengesetzten richtigen Ansicht ausgegangen, daß „gegen den Angeklagten der Beweis zu erbringen sei"; so die GM., insbs. Berlin 10. Dez. 75 O. 16 792; vgl. jedoch v. Liszt Verhdlg. d. 24. DJT. 1 114, 129. Immerhin aber bestätigt die auch im § 59 beibehaltene negative Fassung, daß nur die völlige Unkenntnis der btr. Tatumstände deren Zurechnung ausschließt, daß somit der Nachweis einer auch nur mangelhaften Kenntnis, d. h. eines Für-möglichhaltens, die Zurechnung begründet; so RG. III 3. März 84 E. 10 234 und sachlich auch Lucas Subj. Verschldg. S. 39, jedoch mit der unrichtigen Wendung, „daß Straflosigkeit nur bei wirklich bewiesener gänzlicher Unkenntniß eintreten dürfe"; nicht die „gänzliche Unkenntniß" ist zu beweisen, sondern umgekehrt eine, wenn auch nur unvollständige, Kenntnis. Die Feststellung der Möglichkeit, daß der Täter einen der im § 59_1 bezeichneten Umstände — auch nur in dem bezeichneten Umfange — nicht gekannt habe, schließt die Annahme eines ev. Dolus aus; so richtig RMG. I 28. Mai 03 E. 5 170.

Die Unkenntnis der Tatumstände beruht entweder a. auf dem Mangel einer jeglichen Vorstellung bezüglich ihrer, oder b. auf einer irrigen Vorstellung von ihnen, d. h. auf einem Irrtum i. e. S.

Beide Fälle eines Irrtums i. w. S. stehen sich gleich; vgl. Hälschner 1 250 sowie Kohlrausch Irrtum 1 7 (Fehlen der richtigen Vorstellung).

8) Entscheidend ist die Unkenntnis der Tatumstände „bei Begehung" der strafb. Hdlg.; vgl. RG. I 27. Mai 89 E. 19 287. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier, wo es um ein subjektives beim Täter vorliegendes Erfordernis sich handelt, unter der „Begehung" der Hdlg., wie im Falle des § 51 (das. N. 3), nur die Willensbetätigung selbst verstanden werden kann. Aber auch hier wird es, wie dort, wesentlich auf den Zeitpunkt der abschließenden Willensbetätigung ankommen, so daß einerseits die Unkenntnis von Tatumständen bei vorhergehenden Willensbetätigungen unerheblich ist, andererseits eine zu jenem Zeitpunkte vorliegende Unkenntnis die Zurechnung ausschließt, wenn auch in einem vorhergehenden Stadium die Kenntnis des Tatumstandes vorlag und demnächst, sei es aus Gedächtnisschwäche, sei es zufolge eines inzwischen entstandenen Irrtums, wieder verloren gegangen war.

9) Der § 59 bestimmt die Folgen der Unkenntnis von Tatumständen ganz allgemein „bei Begehung einer strafbaren Handlung". Hinsichtlich der Eigenschaft der strafb. Hdlgen wird nicht unterschieden, woraus folgt, daß § 59 an sich gleichmäßig auf Verbrechen, Vergehen und Übertretungen Anwendung findet, da diese Unterscheidung nicht im Wesen der verschiedenen Kategorien begründet ist und prinzipiell die allg. Grundsätze des StGB. bei allen dreien gleichmäßig gelten (§ 1 N. 1 u. T. I N. 1). Eine beschränkte Anwendung des Grundsatzes des § 59 bei Übertretungen als solchen ist daher nicht gerechtfertigt (s. auch N. 19). So die GM., insbs.: RG. I 10. Juni 86 R. 8 446 (btr. § 367^5), II 7. Jan. 91 E. 21 259 (gelegentlich), RHG. 20. Sept. 72 Entsch. 7 141, München 3. Nov. 73, Berlin OTr. 15. Jan. 74, St. 3 237, 4 74, Berlin KG. 22. Dez. 84 Jahrb. 5 404.

Inwieweit der eigentümliche Tatbestand einer strafb. Hdlg. die Anwendbarkeit des § 59 ausschließt, s. u. N. 11 f.

10) Die im § 59 gebrauchte Wendung „Wenn Jemand bei Begehung einer strafb. Hdlg. gewisse Tatumstände nicht kannte" stellt außer Zweifel, daß die Bestimmung nicht nur auf den Täter, sondern auch auf den Mittäter (§ 47), Anstifter (§ 48) und Gehilfen (§ 49) sich bezieht; Binding Grundr. S. 100. Die redaktionelle Abänderung gegenüber dem PrStGB. § 44, das des Ausdrucks „Täter" sich bediente, wird hierauf zurückzuführen sein, obgleich auch in den §§ 51 (das. N. 2) ff. „Täter" in jener weiteren Bedeutung gebraucht ist.

Demnach findet § 59 namentl. Anwendung, wenn „Jemand" von einem anderen bei Begehung einer strafb. Hdlg. als bloßes Werkzeug gebraucht wird, sei es, daß die äußere Tätigkeit des Mitwirkenden als Mittäterschaft (§ 47 N. 17) oder als Beihilfe sich darstellt.

11) Dem Täter (N. 10), der bei Begehung einer strafb. Hdlg. gewisse Tatumstände nicht kannte, sind diese Umstände nicht „zuzurechnen". Nach dem Begriffe der „Zurechnung"

Digitized by Google

(T. I Abschn. 4 N. 5) ist damit gesagt, daß trotz etwa vorhandener Zurechnungsfähigkeit des Täters dennoch eine Schuld bezüglich der von ihm nicht gekannten Tatumstände ausgeschlossen sei. Bei den sog. objektiven Tatbeständen oder Formaldelikten (T. Abschn. 4 N. 2), die eine subjektive Verschuldung überhaupt nicht erfordern, ist daher die Bestimmung des § 59, insofern sie die Zurechnung der nicht gekannten Tatumstände zur Schuld ausschließt, wirkungslos; so: RG. III 20. Nov. 82, II 25. Sept. 96, E. 7 240, 29 73; aM. Berlin KG. 9. März 91 Jahrb. 11 221. Nun behauptet allerdings Binding Grundr. S. 100 unter Hinweis auf den Eingang des Abs. 2, daß das Zurechnen des § 59 keineswegs nur „Zurechnen zur Schuld", sondern auch „Anrechnen bei der Strafe" bedeute. Die Wendung „bei der Bestrafung" lautet aber nicht bestimmt genug, um daraus folgern zu können, daß „Zurechnen" im § 59 in einem abweichenden S. gebraucht sei; allerdings fällt die Unkenntnis von Tatumständen auch „bei der Bestrafung" i. e. S. ins Gewicht, aber doch nur in den Fällen, in denen trotz der vorliegenden tatsächlichen Unkenntnis auf seiten des Täters ein strafb. Tatbestand bestehen bleibt (N. 13a). In diesem Sinne sind aber die Eingangsworte des Abs. 2 nicht gemeint; sie scheinen vielmehr ungenau in der Bedeutung von „bei der Aburteilung" gebraucht zu sein.

12) Die Ausnahme, wonach die Anwendung des § 59 bei denjenigen strafb. Hdlgen, die eine subjektive Verschuldung nicht erfordern, ausgeschlossen bleiben muß, ist auf andere Fälle nicht auszudehnen, namentl. nicht auf die sog. Polizeidelikte i. w. S., deren Tatbestand im reinen Ungehorsam besteht (§ 1 N. 1). Auch diese erfordern zum subjektiven Tatbestand eine Schuld des Täters, folglich steht der Anwendung des § 59 begrifflich nichts entgegen und sie hat deshalb auch stattzufinden, da das Gesetz selbst bezüglich derjenigen Hdlgen, die mit Rücksicht auf polizeiliche oder andere rechtspolitische Erwägungen mit Strafe bedroht sind, einen Unterschied nicht macht. So: RG. II 12. Okt. 80, 25. Sept. 96, E. 2 321, 29 73, IV 13. Okt., 8. Dez. 85, E. 12 431, R. 7 722, Hälschner 1 258, v. Liszt S. 162 N. 7, (außerdem natürlich Binding u. Lucas; vgl. T. I Abschn. 4 N. 2). Nicht selten wird dagegen die Nichtanwendbarkeit des § 59 bei allen Übertretungen rein polizeil. Charakters behauptet, so z. B. von Oppenh.-D. T. II Abschn. 29 N. 9.

In der Praxis ist dementsprechend der Grundsatz des § 59 insbs. angewendet auf:

a. StGB. § 366[6]: RG. II 24. Apr. 01 G. 48 301; § 367[6]: III 15. Nov. 00 G. 47 445;
b. GewerbeO. § 135: zit. RG. E. 2 321;
c. PreßG. § 20: Berlin 9. Okt. 76 O. 17 645;
d. SprengstoffG. § 9: RG. III 15. Okt. 85 E. 13 22 sowie zit. E. 12 431;
e. PostG. v. 28. Okt. 1871 § 27[4]: RG. III 28. Sept. 93 E. 24 252;
f. ViehseuchenG. v. 1. Mai 1894 § 66[4]: RG. I 15. Mai 99 E. 32 153.

13) Für alle eine subjektive Verschuldung erfordernden strafb. Hdlgen ergibt sich aus der Nichtzurechnung der dem Täter unbekannten Tatumstände folgendes:

a) Wenn der Täter „zum gesetzlichen Tatbestande gehörende Tatumstände" (N. 4a) nicht kannte, so liegt je nach Umständen entweder eine strafb. Hdlg. überhaupt nicht vor oder es liegt eine andere strafb. Hdlg. vor, als der äußere Verbrechenstatbestand annehmen ließ. So entfällt z. B. der Tatbestand einer strafb. Hdlg. gänzlich, wenn der Täter beim objektiven Tatbestand des B. der Doppelehe (§ 171) irrtümlich seine frühere Ehe für aufgelöst hielt; dagegen kann beim objektiven Tatbestande des Diebst. (§ 242) die Tat dennoch dem Täter als Unterschlagg. (§ 246) zuzurechnen sein, wenn er das Bestehen des fremden Gewahrsams nicht kannte.

b) Falls der Täter „straferhöh. Tatumstände" (N. 4b) nicht kannte, bleibt eine strafb. Hdlg. immer bestehen, aber nicht in dem Umfange, wie nach dem äußeren Tatbestande anzunehmen war.

14) Aus dem in N. 13 Bemerkten folgt, daß, wenn in dem Falle a) dem Täter eine strafb. Hdlg. überhaupt nicht zur Last fällt, es unmöglich bloß um eine Ausschließung der Strafbarkeit sich handeln kann, sondern daß vielmehr wegen Nichtvorliegens einer Schuld, somit wegen eines Mangels im subjektiven Tatbestande,

Digitized by Google

eine strafb. Hdlg. in dem T. I Abschn. 3 N. 6 bezeichneten Sinne nicht vorhanden ist. Die vorliegende Hdlg. kann als „strafbar" nur im ganz äußerlichen Verstande bezeichnet werden, nämlich nur insofern sie ihrer objektiven Beschaffenheit nach dem objektiven Tatbestande einer strafb. Hdlg. entspricht und demnach strafbar sein würde, wenn zugleich die subjektiven Voraussetzungen der Schuld gegeben wären; so Hälschner 1 266, ähnlich Binding Grundr. S. 98. In einem solchen Falle kann deshalb auch von einer strafb. Teilnahme nicht die Rede sein; so: Oppenh.-D. § 48 N. 7, Rubo § 48 N. 18; aM. RG. III 2. Juli 80 N. 2 251 btr. §§ 286, 49.

In dem Falle N. 13b) bewirkt die Unkenntnis des Tatumstandes Strafmilderung auf Grund teilweiser Schuldausschließung. Wenn endlich in dem Falle a) der N. 13 der Tatbestand einer anderen strafb. Hdlg. übrig bleibt, so bewirkt die Unkenntnis bezüglich des btr. Tatumstandes aus gleichem Grunde Strafänderung, die tatsächlich zugleich Strafmilderung ist.

15) In vollem Umfange findet Abs. 1 nur bei vorsätzlichen Hdlgen (N. 16) Anwendung, indem die Geltung der im Abs. 1 getroffenen Bestimmung „bei fahrlässig begangenen Hdlgen" (N. 17) durch Abs. 2 einer gewissen Einschränkung unterworfen wird. Darüber, welche dieser beiden Schuldarten bei den einzelnen Delikten erfordert werde, vgl. T. I Abschn. 4 N. 4. Wird unterschiedslos das vorsätzliche und das fahrlässige Handeln bestraft, so kann kein Zweifel sein, daß die Vorschrift des Abs. 2 Anwendung zu finden hat (so auch RG. III 14. Nov. 87 E. 16 386, II 7. Feb. 88 N. 10 102, beide btr. PersonenstdsG. § 69), während in den Fällen, wo die Schuld aus Vorsatz und Fahrlässigkeit sich zusammensetzt (aO. N. 3), die Anwendung der Vorschrift des Abs. 2 auf den Tatbestandsteil zu beschränken ist, der fahrlässiges Handeln erfordert.

Aus der unbeschränkten Anwendung des Abs. 1 auf die vorsätzlichen strafb. Hdlgen folgt, daß, soweit eine Hdlg. eine vorsätzliche ist, auf den Grund der Unkenntnis des btr. Tatumstandes nichts ankommen kann; die Zurechnung desselben ist ausgeschlossen, mag der Irrtum entschuldbar sein oder nicht. So die GM., insbs. RG. II 16. Apr. 80, 25. Jan. 81, 30. Juni 82, E. 1 368, N. 2 755, 4 648, III 15. März 82 E. 6 85, Berlin 4. Jan. 79 D. 20 8; aM. Merkel S. 68, ferner M. E. Mayer Schuldh. Hdlg. S. 115 (zu Unrecht auf den Komm. sich beziehend).

16) Die — „ein übrigens selbstverständliches, allgemeines Prinzip" aussprechende (so RG. III 15. Feb. 83 E. 8 104) — Vorschrift des Abs. 1 betrifft nach dem in N. 15 Bemerkten wesentlich den Vorsatz, so daß der ausdrücklich von Rubo N. 3 und sachlich auch von Oppenh.-D. N. 5 geleugnete Zusammenhang des § 59 mit der Dolusfrage klar zutage liegt. Einer Begriffsbestimmung des „Vorsatz" aber hat das StGB. sich enthalten (gebilligt von Bünger ZStrW. 6 350, weil sein Inhalt dem Gebiete der psychologischen Tatsachen angehöre). Während v. Liszt, als Vertreter der sog. Vorstellungstheorie, den Vorsatz im Lehrbuch S. 171 N. 2 als „die Voraussicht des durch die Willensbetätigung bewirkten und nicht gehinderten rechtswidrigen Erfolges", in den „Deliktsobligationen" S. 54 als „das Kennen des zu vertretenden Umstandes" definiert, bestimmt die überwiegende Meinung (vgl. insbs. auch v. Hippel, Grenze von Vorsatz u. Fahrlässgkt.) den strafrechtlichen Vorsatz als das „Wissen und Wollen sämmtlicher Deliktsmerkmale". Auf dem Boden dieser sog. Willenstheorie (über die Bedeutung des Gegensatzes beider Theorien vgl. Finger 1 256, insbs. N. 344) steht im wesentlichen auch das RG., obschon einzelne Entscheidungen eine Hinneigung zu jener ersteren Theorie zeigen. Mit Binding Normen 2 403, Beling S. 55 und Löning S. 31 ist aber anzunehmen, daß der strafrechtl. Vorsatz noch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erfordert (vgl. u. N. 30 letzt. Abs.); so auch Bünger ZStrW. 6 339, 343 ff., der jedoch Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit — oder negativ den guten Glauben, nichts Unrechtes zu tun — erfordert, weil der Regel nach außer dem Strafgesetze kein Rechtssatz vorhanden sei, der in dem Bewußtsein des vorsätzlich Handelnden sich als verletzt darstellen könne. Während aber Binding nicht bloß das konkrete Handeln, sondern auch den Erfolg als „gewollt" erachtet (vgl. namentl. aO. S. 422 f.), sucht Bünger aO. S. 321 nachzuweisen, daß nur das konkrete Handeln, die

Digitized by Google

kausal wirkende Körperbewegung, nicht der Erfolg des Handelns als „gewollt" i. e. S. hingestellt werden darf. Der Definition von Binding, Vorsatz sei „das Wollen einer Handlung (i. S. von „Tat", also den strafb. Erfolg des konkreten Handelns mitumfassend) trotz ihres vorgestellten Widerspruches zu der Norm, unter welche sie fällt" (ähnlich Löning aO.), stellt Bünger gegenüber: „Vorsatz ist der verbrecherische Wille, welcher das in der Vorstellung des zu erwartenden Eintritts des rechtsverletzenden Erfolges liegende sittliche Gegenmotiv handelnd überwindet."

Zu § 59 Absatz 2. N. 17—19.

17) „Bei der Bestrafung" (N. 11) „fahrlässig begangener Hdlgen" (N. 15) gilt die Bestimmung des Abs. 1 nur mit einer gewissen Beschränkung. Übrigens enthält der Abs. 1 die einzige allgemeine Vorschrift des StGB. über fahrlässige strafb. Hdlgen.

Der Begriff der „Fahrlässigkeit" ist sowenig bestimmt wie der des Vorsatzes (vgl. dagegen BGB. § 276). Die strafrechtl. Fahrlässigkeit besteht aber in der Verursachung eines voraussehbaren objektiv rechtswidrigen Erfolges durch einen eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit in sich schließenden Willensakt. Hiernach erfordert eine fahrl. strafb. Hdlg., außer der Kausalität zwischen dem gewollten konkreten Handeln und dem eingetretenen rechtswidrigen Erfolge:

a. ein unvorsichtiges Handeln, das in der Nichtanwendung der nach der obwaltenden Sachlage gebotenen Sorgfalt und Umsicht sich zeigt, soweit solche vernünftigerweise vom Handelnden gefordert werden konnte (RG. III 15. Feb. 82, IV 14. Okt. 84, 23. März 97, R. 4 165, 6 619, E. 30 25, RMG. I 2. Apr. 04 E. 5 15);

b. die Voraussehbarkeit des eingetretenen rechtswidrigen Erfolges seitens des Täters nach seiner Individualität (nicht nach der eines Normalmenschen!) bei Anwendung der gewöhnlichen (pflichtmäßigen) Sorgfalt u. Vorsicht (RG. I 2. Dez. 80, II 2. Mai 82, 30. Juni 83, III 22. Feb. 85, 14. Feb. 87, E. 3 208, 6 249, 12 317, 8 66, 15 345, letzteres mit der richtigen Ausführung, daß es nur auf die Voraussehbarkeit des Erfolges als solchen, nicht der konkreten Art und Weise seiner Herbeiführung ankomme; zit. RMG. E. 5 15).

So insbs. auch RG. IV 18., 25. Jan. 87, R. 9 63, 64: der Tatbstd. einer fahrl. Körperverletzg. setze außer der objektiven Kausalität zwischen der begangenen Unvorsichtigkeit und dem eingetretenen (d. h. rechtswidrigen; so ausdrücklich das zit. R. 4 165) Erfolge in subjektiver Beziehung voraus, daß der Handelnde den Erfolg als Wirkung seiner Hdlg. hätte vorhersehen können; im wesentlichen übereinstimmend auch Berlin 1. Febr. 72, 5., 17. Okt. 77, O. 13 110, 18 623, 654.

Wenn aber, insbs. auch von RG. I 17. Jan. 84 E. 9 422, zit. E. 12 317, angenommen wird, daß Fahrlässigkt. immer auf einem (nicht entschuldbaren) Irrtum über die Kausalität der Hdlg. beruhe, so ist das — im Verfolg der N. 16 dargelegten Ansicht — nicht für richtig zu erachten, indem sie auch auf einer schuldvollen Nichterkenntnis der Rechtswidrigkeit des nicht nur voraussehbaren, sondern im Einzelfalle sogar vorausgesehenen Erfolges beruhen kann; das erkennt auch Löning S. 39 an, indem er zur Fahrlässigkt. „vermeidbare Unkenntnis von dem erzeugten rechtswidrigen Tatbestande bzw. von der Rechtswidrigkeit der Nichterzeugung" fordert; dem zustimmend Finger 1 267; vgl. auch Frank N. VI, Kohlrausch Irrtum S. 16. Schuldvolle Nichterkenntnis der Rechtswidrigkeit setzt jedenfalls die Fähigkeit, sie zu erkennen, voraus (N. 30); eine Verantwortung für „Verstandesfehler" ist ein Unding; so mit Recht Beling S. 46 gegen v. Liszt S. 185 N. 3, die Fahrlässigkeit erscheine auf Grund der beiden ihren Begriff bildenden Elemente sowohl als Willens- wie auch als Verstandesfehler.

Grade der Fahrlässigkt. kennt das StGB. nicht; das Maß der vom Täter zu beanspruchenden Verstandestätigkeit (Überlegung, Aufmerksamkeit, Berechnung) unterliegt der Beurteilung des Tatrichters, der namentl. die Urteilsfähigkeit u. Einsicht des Täters, oder auch nach Umständen des Falles das Erfordernis einer bald größeren, bald geringeren Anspannung der Geistestätigkeit zu erwägen hat; so: RG. III 28. Apr. 80 E. 2 140, zit. E. 12 317; vgl. auch II 17. Juni 92 G. 40 167 btr. der Fahrlässigkt. eines nicht voll Straf-

Digitized by Google

mündigen. Ob der Täter von der irrigen Vorstellung ausging, daß seine Hdlg. den eingetretenen Erfolg nicht herbeiführen werde, oder ob er handelte, ohne überhaupt zu einer Vorstellung über die verursachende Bedeutung seiner Hdlg. zu gelangen, ist nur für die Strafzumessung von Bedeutung.

Die in den Fällen der §§ 222_2, 230_2 erforderte besondere Verpflichtung des Täters zur Aufmerksamkeit vermöge seines Amtes 2c. bewirkt nur eine leichtere Annahme der Unvorsichtigkeit (a) seitens des Handelnden, stellt aber keinen höheren Grad der Fahrlässigkeit auf.

18) In dem Umfange, in dem eine strafb. Hdlg. eine fahrlässige ist (N. 15_1), ist die Zurechnung der dem Täter unbekannten Tatumstände nur insoweit ausgeschlossen, „als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist". Binding Grundr. S. 100 bemerkt auf Grund dessen, daß, während also bei dem viel schwereren vorsätzlichen Delikt unentschuldbare Unkenntnis die Zurechnung ausschließe (N. 15_3), bei den leichteren fahrlässigen Delikten fahrlässige Unkenntnis dies nicht solle; in gleicher Weise faßt RG. II 12. Okt. 80 E. 2 321 die Vorschrift des Abs. 2 auf. Allein es wird hierbei übersehen, daß nur eine auf pflichtwidriger Vernachlässigung der Sorgfalt 2c. beruhende, also verschuldete, Unkenntnis überhaupt fahrlässig ist, daß somit, wenn der der Unkenntnis zugrunde liegende Irrtum (N. 7) entschuldbar war, Fahrlässigkeit der Unkenntnis begrifflich ausgeschlossen ist (N. 17); Finger I 251, v. Liszt S. 185, Kohlrausch Irrtum S. 16 f.

19) Wenn die Bestimmung des Abs. 1 bei fahrlässigen strafb. Hdlgen „nur insoweit" gilt, „als die Unkenntnis nicht selbst durch Fahrlässigkeit verschuldet ist" (N. 18), so liegt darin umgekehrt auch ausgedrückt, daß Abs. 1, soweit jene Voraussetzung zutrifft, auf fahrlässige Hdlgen (bei denen — nach den Ausführungen in N. 18 — die Fahrlässigkeit somit auf etwas anderem als auf der Unkenntnis der Tatumstände beruhen muß) unbeschränkt und unbedingt Anwendung findet, also auch auf fahrlässige Übertr. (N. 9).

Prozessuales. N. 20—22.

20) Formell erscheint:

a. die Unkenntnis von „Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören" (N. 4a), als ein i. S. der StPO. §§ 262, 266 „strafausschließender Umst.", nicht als ein strafaufhb. Umst. i. S. der StPO. § 295_2;

b. die Unkenntnis von „Tatumständen, welche die Strafbarkeit erhöhen" (N. 4b), als ein i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295 „strafvermindernder Umst."; Löwe-H. StPO. § 295 N. 1b.

21) Für das schwurgerichtl. Verfahren ergibt sich hieraus, daß zwar im Falle zu N. 20b nach StPO. § 295 eine besondere Frage gestellt werden muß, daß dagegen eine solche im Falle zu N. 20a nicht gestellt werden darf, da das Vorliegen der Nichtkenntnis zugleich mit der nach StPO. § 293 zu stellenden Schuldfrage beantwortet wird; RG. III 28. Jan. 82 N. 4 86, Löwe-H. StPO. § 293 N. 12b.

22) Eine Feststellung bezüglich der Kenntnis der im § 59 bezeichneten Tatumstände ist unbedingt nur dann erforderlich, wenn das Gesetz selbst die „Kenntnis" als Merkmal der strafb. Hdlg. ausdrücklich hervorhebt (N. 4a). Im übrigen folgt aus dem, im $§ 266_2$ der StPO. zum Ausdruck gelangten, Grundsatze, daß der erkennende Richter nur dann, wenn die „Unkenntnis" in der Hauptverhdlg. „behauptet" worden ist, prozeßrechtlich verpflichtet ist, deren Vorhandensein festzustellen; RG. III 10. Dez. 79 N. 1 134.

Irrtum btr. anderer als der im § 59 bezeichneten Tatumstände. N. 23—29.

23) Der § 59 handelt nur von der Unkenntnis der zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden und der straferh. Tatumstände, dagegen weder von der Unkenntnis strafverm., strafausschl. und strafaufh. Tatumstände (N. 24), noch von der irrtümlichen Annahme des Vorliegens nicht vorhandener Tatumstände (N. 25). Ebensowenig handelt § 59 vom Irrtum bezüglich des Motives (N. 26), bezüglich der Kausalität der Hdlg. (N. 27) oder endlich bezüglich des Erfolges (N. 28).

24) Unkenntnis des Vorhandenseins anderer als der im § 59 bezeichneten Tatumstände:

a) Strafvermindernde Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295 sind dem Täter

Digitized by Google

auch bei Unkenntnis ihres Vorhandenseins zuzurechnen; die Richtigkeit hiervon ergibt sich insbs. aus § 157². So Rüb.-St. N. 15. AM. Hälschner 1 271.

b) Strafausschließende Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266 sind dem Täter auch bei Unkenntnis ihres Vorhandenseins zuzurechnen; so schließt namentl. die Notwehr (§ 53) und der Notstand (§§ 52, 54) die Strafe auch dann aus, wenn der Täter ihre tatsächlichen Voraussetzungen nicht kannte; die gesetzlichen Bestimmungen lassen nirgendwo erkennen, daß die Zurechnung dieser strafausschl. Umst. von deren Kenntnis habe abhängig gemacht werden sollen; die begangene Tat ist nur Wahnverbrechen. So: Binding Hb. 1 695, v. Liszt S. 182, dahin neigend auch Oppenh.-D. § 53 N. 10. AM.: Hälschner 1 271 f., Rüb.-St. N. 15, Kohler Studien 1 37 (nur bei Unkenntnis des Notwehrrechts liege Putativdelikt vor), ferner v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 107, der hier nur Bestrafung wegen versuchten V. für verwirkt erachtet.

c) Strafaufhebende Umst. i. S. der StPO. § 295_2; bezüglich dieser gilt dasselbe wie bezüglich der strafausschl. Umst., zu welchen sie i. S. der StPO. §§ 262, 266 gleichfalls zu rechnen sind.

25) Irrtümliche Annahme nicht vorhandener Tatumstände:

a) Werden Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören (N. 4a), irrigerweise als vorliegend angenommen, obgleich sie nicht vorhanden sind, so handelt es sich um ein bloßes Putativdelikt; aM. v. Liszt S. 177 N. 2, es könne auch untauglicher Versuch vorliegen.

b) Ebensowenig kann die irrtümliche Annahme straferhöhender Umst. (N. 26) dem Täter zum Nachteil gereichen; so kann nur wegen einfacher Körperverletzg. (§ 223_1) gestraft werden, wer irrtümlich annimmt, er mißhandele einen Aszendenten (§ 223_3).

c) Irrtümliche Annahme strafvermindernder Umst. muß zu deren Zurechnung führen, da der Täter die Tat nicht in dem Umfange wollte, in dem er sie vornahm; so: RMG. 18. Dez. 02 E. 4 97, Hälschner 1 272, Frank N. II 2; aM. früher Binding Hb. 1 220 N. 8, vgl. aber jetzt Grundr. S. 100, wo unterschieden wird. Anders bei fahrl. strafb. Hdlgen, soweit die irrtümliche Annahme selbst auf Fahrlässigkeit beruht.

Dagegen findet bezüglich derjenigen Umst., welche erst nachträglich eine Strafermäßigung (§ 158) herbeiführen, das u. unter e) Bemerkte hier entsprechende Anwendung.

d) Irrtümliche Annahme schuldausschließender Umst. verhindert bei vorsätzlichen Delikten die Bestrafung; denn es fehlt alsdann an derjenigen Beschaffenheit des Willens, welche das Gesetz vorschreibt, um den Täter für den eingetretenen Erfolg, als einen gewollten, verantwortlich zu machen. So: RG. III 9. Apr. 81, IV 2. Jan., I 15. Jan. 00, E. 4 98, 33 32, 71 (alle btr. irrt. Annahme eines Züchtigungsr.), II 30. Juni 82, 24. Juni 87, E. 6 405, 16 150 (letzteres btr. irrt. Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe), IV 3. Juli 03 E. 36 334 (btr. irrt. Annahme eines Notstandes bei der Abtreibung); (vgl. auch I 9. Juni 81 E. 4 251 btr. irrt. Annahme der „besonderen Zulassung einer Lotterie in Preußen" bei Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Spielens in ausw. Lotterien), RMG. I 10. März 02 E. 2 212 (irrt. Annahme berechtigter Selbsthilfe), Berlin 29. Jan. 72, 26. Jan. 75, 6. Apr. 76, St. 1 212, O. 16 80, 17 260, München 30. Okt. 74, 10. Mai 78, St. 4 258, 8 76, Finger 1 422, Geyer 1 82, HH. 4 95 u. HRl. „Notw.", Hälschner 1 272, 484, H. Meyer S. 160, Schaper HH. 2 171 N. 4, Oppenh.-D. §§ 52 N. 11, 53 N. 10, v. Schwarze § 52 N. 4, Stammler Notstd. S. 66, Lucas Subj. Verschldg. S. 99, Göb G. 18 184.

Auch auf die Notwehr (§ 53) findet dieser Grundsatz insofern Anwendung, als die Strafbarkeit der btr. vorsätzlichen Hdlg. bei sog. putativer Notwehr wegen fehlenden Dolus ausgeschlossen ist, d. h. sowohl für den Fall, daß irrtümlicherweise angenommen wurde, die tatsächlichen Voraussetzungen — ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff — seien gegeben, als auch für den Fall, daß infolge tatsächlichen Irrtums über das Maß der erforderlichen Verteidigung hinausgegangen wird; so die GM., insbs. RG. II 28. Okt. 79 N. 1 23, III 6. Juni 89, IV 2. Dez. 90, E. 19 298, 21 189, RMG. I 7. Okt. 01 E. 2 21.

Bei fahrlässigen Delikten kann die irrtümliche Annahme eines Strafausschließungsgrundes die Strafe nur dann ausschließen, wenn jene nicht selbst auf Fahrlässigkeit be-

Digitized by Google

ruht; so speziell bezüglich irrtümlicher Annahme des Standes der Notwehr (§ 53): zit. RG. E. 21 189, v. Wächter S. 180, v. Schwarze § 53 N. 14.

e) Irrtümliche Annahme strafaufhebender Umst. ist wirkungslos, dsgl. irrtümliche Annahme solcher objektiven Voraussetzungen, welche bei entsprechender eigener Tätigkeit des Täters Strafaufhebung (§§ 46^2, 163_2, 310) o. wenigstens Strafermäßigung (§ 158) bewirken. In solchen Fällen ist die Strafe an sich verwirkt und nur das Vorliegen bestimmt im Gesetze bezeichneter Voraussetzungen hebt die Strafbarkeit wieder auf, ohne daß dem Irrtum des Täters in dieser Beziehung ein Einfluß eingeräumt werden könnte.

Hat aber der Täter die vom Gesetze erforderte eigene Tätigkeit geleistet, so kann umgekehrt beim Vorliegen der für dieselbe erforderten objektiven Voraussetzungen deren Wirksamkeit nicht dadurch beseitigt werden, daß der Täter entweder in Unkenntnis dieser Voraussetzungen handelte oder irrtümlich annahm, dieselben lägen nicht vor; § 46 N. 26.

26) Ein Irrtum bezüglich des Motives ist unerheblich. Deshalb regelmäßig auch ein sog. error in objecto (persona), weil hier der Irrtum auf das Motiv sich bezieht und infolgedessen der Täter seinen Zweck verfehlt, ohne daß das Delikt dadurch in seiner strafrechtl. Bedeutung geändert wird; so die GM., insbs. RG. I 29. Dez. 88, 25. Apr. 89, E. 18 337, 19 179, btr. Mord (§ 211) u. Körperverltzg. (§ 223).

Wenn aber die beiden Objekte dem in Frage stehenden Verbrechensbegriffe gegenüber nicht von gleicher strafrechtl. Bedeutung sind, so konkurriert zugleich ein Irrtum bezüglich eines Tatumstandes und dann ist ein solcher nach Maßgabe der oben entwickelten Grundsätze für die Zurechnung wesentlich; so liegt z. B. vorsätzl. Körperverltzg. nicht vor, wenn der Täter ein Züchtigungsr. ausüben wollte, aber in der Person sich irrte (vgl. das § 223 N. 14c zit. RG. E. 19 179); so liegt ferner nur ein Putativdelikt vor, wenn der Täter eine fremde Sache zu zerstören meint (§ 303), tatsächlich aber seine eigene zerstört (N. 25a); es liegt ferner nur eine minder strafb. Hdlg. vor, wenn der Täter seinen Aszendenten zu mißhandeln glaubt (§ 223_2), irrtümlich aber einen Dritten mißhandelt (N. 25b), oder umgekehrt, wenn er einen Dritten zu mißhandeln glaubt (§ 223_1), irrtümlich aber seinen Aszendenten mißhandelt (N. 4b); vgl.: v. Liszt S. 178, Frank N. V 2.

27) Ein Irrtum bezüglich der Ausführung der Handlung bzw. bezüglich des Kausalzusammenhanges ist bei einer vorsätzl. Hdlg. dann wesentlich und schließt deshalb die Zurechnung zum Vorsatze aus, wenn der eingetretene Erfolg dem Vorsatze nicht entspricht. Dies ist der Fall bei der sog. aberratio ictus, wo die Hdlg. in ihrer Wirkung ein anderes Objekt trifft, als der Täter beabsichtigte, weil er — sei es unter Außerachtlassung vorliegender oder unter Annahme nichtvorliegender Tatumstände — bezüglich der Kausalität seiner Hdlg. irrte; hier kann aber mit dem Versuche des vorsätzlichen V. unter Umständen ein fahrl. Delikt ideal (§ 73) konkurrieren; so die meisten, insbs. RG. II 28. Sept. 80, I 14. Feb. 81, E. 2 335, 3 384 (btr. Fälle der Körperverltzg. unter Abirrung des Schlages bzw. des Wurfes auf eine andere Person); abweichend: Beling S. 54, Finger 1 254, Lammasch S. 26, Frank N. V 3, zum Teil auch v. Liszt S. 179.

28) Ein Irrtum btr. des Erfolges ist gleichfalls unerheblich bezüglich der Zurechnung der Hdlg., mag der Täter irrtümlich einen Erfolg für eingetreten und damit das Delikt für vollendet erachten oder umgekehrt irrtümlich den Erfolg für ausgeschlossen und somit das Delikt im Stadium des Versuchs geblieben ansehen; lediglich nach Maßgabe der objektiven Sachlage wird die Hdlg. dem Täter dort als versuchte, hier als vollendete zugerechnet.

Es kann aber ein solcher Irrtum bezüglich des Erfolges einer vorhergehenden Hdlg. die Quelle des Irrtums bezüglich eines Tatumstandes bei einer nachfolgenden Hdlg. werden, und greifen alsdann die oben entwickelten Grundsätze Platz; so z. B. wenn A irrtümlich glaubt, den B ermordet zu haben, während er ihn nur verwundete, und demnächst in diesem Irrtum den B ins Wasser wirft, um den Leichnam zu beseitigen, tatsächlich dadurch erst den B tötend; hier findet § 59 Anwendung, so daß versuchter Mord (§§ 211, 43) mit je einer nach Umständen straflosen oder nur als fahrlässig strafb. Tötung (§ 222) in Realkonk. (§ 74) tritt; so die herrschende M.

Digitized by Google

29) In formeller Beziehung ist Irrtum des Täters über Tatumstände, welche eine Änderung des Status durch Begründung einer anderen Jurisdiktion (Militär- bzw. Zivilgerichts-Jurisdiktion) herbeiführen, völlig belanglos; so wird jemand z. B. wegen eines Zweikampfes nach der MStGO. § 5[2] der Militärgerichtsbarkeit unterworfen, wenn er auch zur Zeit der Tat nicht wußte, daß er zum „Offizier des Beurlaubtenstandes" befördert sei. Materiell äußert dagegen ein solcher Irrtum seinen Einfluß nach Maßgabe der obigen Grundsätze; so muß z. B. § 140[2] gemäß § 59_1 gegen denjenigen außer Anwendung bleiben, der zur Zeit der Auswanderung von seiner Eigenschaft als Offizier des Beurlaubtenstandes keine Kenntnis hatte.

Rechtsirrtum und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. N. 30—33.

30) Auf den Rechtsirrtum i. e. S., d. h. denjenigen Irrtum, welcher den Rechtssatz, dessen Verletzung mit Strafe bedroht wird, zum Gegenstande hat, bezieht § 59 sich nicht (N. 1). Mag aber auch das RStGB. sogar dem in der Doktrin herrschenden Satze „error juris nocet" stillschweigend gefolgt sein, so kann doch dieser Grundsatz für bindend nicht erachtet werden, weil er im Gesetze einen entsprechenden Ausdruck nicht gefunden hat; Hälschner I 261.

Obschon die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsirrtum als eine „gänzlich unbrauchbare" (N. 1) keineswegs anzusehen ist, so ist jedenfalls die Unterscheidung innerhalb des Rechtsirrtums (N. 2) eine ganz willkürliche. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Irrtum auf einem dem Strafrechte nicht angehörigen Rechtsgebiete nicht als Rechtsirrtum, sondern als tatsächlicher Irrtum erachtet werden soll; vgl. Kahn, Außerstrafrechtl. Rechtsirrtum, insbs. S. 68. Wird aber, wie man durch jene einschränkende Interpretation des „error juris nocet" anerkennt, durch einen derartigen Irrtum die Schuld ausgeschlossen (N. 14), so spricht die Konsequenz für die gleiche Wirkung eines Irrtums im Gebiete des Strafrechts, also eines solchen, infolgedessen eine mit Strafe bedrohte Hdlg. für eine erlaubte, d. h. objektiv nicht rechtswidrige, gehalten wird; Hälschner I 264 ff.

Darin würde gleichzeitig die Rechtfertigung des Erfordernisses des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit als eines allgemeinen für jede vorsätzliche, bzw. der Fähigkeit seitens des Täters, die Widerrechtlichkeit des voraussehbaren herbeigeführten Erfolges zu erkennen, für jede fahrlässige strafb. Hdlg. liegen, wenn nicht diese Erfordernisse aus den Begriffen des „Vorsatzes" und der „Fahrlässigkeit" (N. 16, 17) von selbst sich ergäben; das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist danach eine Bedingung des Vorsatzes, in diesem Erfordernisse bereits mit enthalten (Bünger ZStrW. 6 345), gleichwie die Fähigkeit zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit in dem der Fahrlässigkeit.

Die entgegenstehende Ansicht erfordert das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nur da, wo entweder die Rechtswidrigkeit des Vorsatzes oder wenigstens die Rechtswidrigkeit allein ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen ist. In Fällen der ersteren Art, wohin z. B. der § 267 zu rechnen (RG. II 22. Okt. 80 E. 2 376), hat die Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit gemäß StPO. § 266 unbedingt, im zweiten Falle nur dann zu geschehen, wenn es von zuständiger Seite in Zweifel gezogen war (vgl. zit. RG.). Materiell aber besteht kein Unterschied, außer daß jenes Bewußtsein dort auf Grund der besonderen Gesetzesvorschrift, hier nach § 59 erforderlich ist (RG. II 15. Feb. 83 E. 8 104); vgl. auch Frank N. 1 letzt. Abs. Deshalb schließt auch im letzteren Falle nach der Praxis des RG. der Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit die Bestrafung aus; so allgemein IV 13. Mai 90 E. 20 393, ferner: RG. III 22. Juni 81 E. 4 328 (btr. § 246), IV 26. März, II 12. März 89, E. 19 209, 87 (btr. §§ 303 bzw. 304), zit. E. 8 104, IV 16. Apr. 86 R. 8 295, beide btr. § 341, sowie I 1. Dez. 94 E. 26 265 (btr. BayerR.). Die Fälle aber, in denen die Strafgesetzgebung die „Rechtswidrigkeit" in den Tatbestand ausdrücklich aufgenommen hat — mag dies auch nur dann geschehen sein, wenn es um solche Normen sich handelt, deren als Regel gedachte Herrschaft durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen wird —, sind immerhin insofern willkürlich, als bei zahlreichen anderen Deliktstatbeständen, wo dasselbe zutrifft, dennoch die Rechtswidrigkeit zu einem „gesetzlichen Merkmal" der Hdlg. nicht erhoben ist, so namentl. nicht bei den Delikten der Tötung u. Körperltzg. (§§ 211 ff., 223 ff.). Die bloße Redaktion des Gesetzes, die von den

Digitized by Google

verschiedensten — zum Teil rein äußeren — Momenten bedingt wird, würde somit dafür entscheidend sein, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich und ob somit ein Irrtum auf dem Gebiete des Strafrechts erheblich sei oder nicht.

So wesentlich übereinstimmend: Birkmeyer Enzykl. S. 1130, Löning S. 31, 35, Binding Normen 2 499, 607 ff., Oetker Rechtsirrtum §§ 9, 14, 15, Ortloff GS. 24 410, Hammerer Einfluß d. Rechtsirrtums S. 31, welche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, sowie: Finger 1 229, 261, Hälschner 1 253, v. Schwarze N. 13, 14, Bünger aO. S. 344, Beling Grundzüge S. 55 u. KrVJSchr. 41 94, Liepmann Einleitg. des Strafr. S. 130 ff., 185, M. E. Mayer Schuldh. Hdlg. S. 114, Kohlrausch Irrtum 1 24 ff., 37 (vgl. aber auch S. 47 ff.), die Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit des Handelns erfordern (vgl. auch u. N. 33). AM.: Geyer 1 111, Frank N. 1 (s. aber auch V 1), Lucas Subj. Verschldg. S. 66, Simon, v. Bar, GS. 32 425 ff., 38 259, Bruck Fahrlässigkeit S. 22, Heinemann Bindingsche Schuldlehre — Freiburg i. B. 1890 — S. 110, Klee Strafr. Vorsatz S. 14, Köhler Rechtsirrtum S. 59, 64, 68, namentl. aber v. Liszt S. 180, der sowohl die Ansicht, die zum Vorsatz begrifflich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt, als auch die, welche es als ein zum Vorsatze hinzutretendes Erfordernis ansieht, zurückweist; ferner H. Meyer S. 161 f., nach dem das Bewußtsein der Rechtswidrigkt. nur bei benj. Deliktsarten zum Vorsatz gehören soll, deren Besonderheit in einer Rechtsverletzung bestehe (während die bloße Aufstellung des Erfordernisses der „Rechtswidrigkeit" an sich dafür ohne Bedeutung sei), endlich v. Wächter S. 146, der aber die Tat dann nicht für zurechenbar erachtet, wenn es dem Handelnden nicht möglich gewesen sei, zu wissen, daß sie ein Unrecht sei.

31) In der Praxis ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zwar von Berlin häufig (vgl. namentl. 13. Nov. 74, 14. Apr., 25. Nov. 75 u. 9. Apr. 79, O. 15 777, 16 287, 754, 20 199), desgl. von München 15. Juni 72 BayerE. 2 182 als erforderlich erachtet, überwiegend aber ebenso wie jeder Irrtum im Gebiete des Strafrechts als unerheblich bezeichnet worden; so in der älteren Praxis: Berlin 8. Juli 74, 15. März 76, 7. März, 6. Mai, 4. Sept. 79, O. 15 479, 17 199, 20 130, 248, 345, München 3. Dez. 72, 16. Apr. 73, BayerE. 2 293, 3 182, Stuttgart 28. Apr., 19. Nov. 73, St. 2 309, 3 210, insbs. aber auch nach der Praxis des RG. Denn wenn auch II 22. Okt. 80 E. 2 376 die „Rechtswidrigkeit des Vorsatzes" als allgemeines Erfordernis des strafrechtl. Dolus bezeichnet, ferner I 26. Jan. 80 R. 1 273 das „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Hdlg." allgemein zu verlangen scheint, endlich II 24. Juni 87 E. 16 150 u. III 1. Dez. 87 R. 9 686 für jedes vorsätzl. Delikt das „Bewußtsein der Widerrechtlichkeit" erfordert, so hat doch die Praxis des RG. in zahlreichen Entscheidungen ganz überwiegend im entgegengesetzten Sinne sich ausgesprochen.

a) Die Geltung des Satzes „error juris nocet" dahin, daß Angeklagter auf Unkenntnis oder irrige Auslegung des Inhaltes eines Strafgesetzes (u. zwar des speziellen Strafgesetzes, dessen Verletzung ihm zur Last gelegt wird, o. anderweiter gesetzl. Vorschriften, welche als Teile dieses Strafgesetzes anzusehen sind, o. der allg. Regeln des Strafrechts; II 12. März 89 E. 19 87) sich nicht berufen könne, bzw. daß diese einen strafausschl. Umst. nicht bildeten, ist anerkannt in Entscheidungen des RG.:

α. zum StGB., insbs.: § 49a (II 31. Jan. 90 E. 20 198); § 113 (II 26. Jan. 92 E. 22 300); § 114 (II 7. Dez. 94 G. 42 404); § 123 (II 6. Mai 81 E. 4 124); § 137 (I 11. März 80, 27. Mai 89, E. 1 272, 19 287); § 173, (I 10. Nov. 81, 19. Feb. 85, 17. Okt. 83, IV 8. Nov. 01, E. 5 159, 12 275, R. 5 613, E. 34 418); § 180 (I 2. Nov. 82 E. 8 172, III 21. Mai 85, II 29. Okt. 86, IV 10. Feb. 88, R. 7 317, 8 649, 10 139); § 205 (I 12. Apr. 83 R. 5 230); § 223 (III 9. Apr. 81, IV 2. Jan. 00, E. 4 98, 33 32); § 240 (II 27. Feb. 94 E. 25 150); § 284 (IV 12. Feb. 97 E. 29 376); § 285 (IV 28. Mai 89 E. 19 253); § 286 (IV 16. Apr. 86, 30. Apr. 89, I 2. Mai 87, 24. Juni 01, R. 8 295, E. 19 257, 16 83, G. 48 358); § 291 (III 19. Mai 92 G. 40 149); § 321 (IV 13. Mai 90 E. 20 393); § 328 (II 21. Okt. 79 E. 1 1); § 341 (II 15. Feb. 83 E. 8 104); § 348 (II 16. Sept. 84 E. 11 77);

β. zu anderen Reichsgesetzen, insbs.: PostG. § 2 (I 22. Nov. 00 G. 47 445); NahrungsmittelG. § 10 [2] (III 5. Okt. 81 R. 3 594); PersonenstandsG. § 67 (II 27. Mai 81

Digitized by Google

E. 4 233); SprengstoffG. § 9, (III 1. Okt. 85 E. 12 398, IV 8. Dez. 85 N. 7 722); JuA.-VersicherungsG. § 151 — jetzt JVersG. § 184 — (II 11. März 92 E. 22 416); KO. § 240[2-4] (III 17. Sept. 81, 1. Feb. 82, I 8. Feb. 83, E. 4 418, 5 407, 8 147, diese mit der Ausführung, daß auch Unkenntnis o. irrige Auslegung der vom Strafgesetze vorausgesetzten objektiv handelsgesetzlichen Verpflichtungen, also namentl. irrige Auslegung des HGB. hinsichtlich des Begriffs Kaufmann bzw. der Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern u. Ziehung von Bilanzen, die Strafbarkeit nicht aufhebe; vgl. auch KO. § 239 N. 34 u. § 240 N. 21;

γ. zu Landesgesetzen; insbs.: PrKabO. v. 10. Jan. 1824 btr. Maischbottichst. Nr. 5 (II 17. Apr. 83 E. 8 182); PrVereinsG. v. 11. März 1850 (II 2. Nov. 88 N. 10 611); Bayer. HäuserfeuerG. v. 19. Mai 1881 (I 1. Dez. 83 E. 9 255).

Ebenso, wie RG., jetzt auch RMG.; vgl. I 20. Juni 01, 10. März 02, II 20. Mai 03, E. 1 198, 2 212, 5 150.

b) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (des Verbotenseins, der Strafwürdigkeit, der Pflichtwidrigkeit) ist keine allgemeine Voraussetzung der Strafbarkeit; RG. I 29. Jan. 80, 17. Jan. 87, II 6. Mai 81, 17. Apr. 83, III 25. Sept. 80, IV 13. Mai 90, E. 1 88, 15 158, 4 124, 8 182, 2 268, 20 393, IV 16. Apr. 86 N. 8 295.

Vgl. auch RG. III 6. Juni 89 E. 19 298, der irrtüml. Glaube, auf Grund eines allg. Rechtes zur Selbsthilfe zu gewissen Hdlgen befugt zu sein, sei nicht geeignet, das zum subj. Tatbestande (insbs. der Verg. aus §§ 123, 230) erforderliche Bewußtsein der Widerrechtlichkt. auszuschließen, sowie die o. zu α. zitt. RG. E. 22 300, 25 150 btr. der Annahme, zur Notwehr o. Selbsthilfe gg. Anordnungen der Obrigkt. berechtigt zu sein (§ 53 N. 8, § 54 N. 10).

32) Die Bedeutung des Erfordernisses des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit wird dadurch praktisch erheblich beeinflußt, daß auch hier, gleichwie bei dem Erfordernis der Kenntnis der Tatumstände ein eventueller Dolus (N. 6) für ausreichend zu erachten ist.

33) Unbeachtlich erscheint aber für die Schuldfrage der Irrtum im Gebiete des Strafrechts, wenn er lediglich die Strafbarkeit der Hdlg. betrifft. Mit der Strafandrohung hat weder der Vorsatz noch die Fahrlässigkeit etwas zu tun. Das Bewußtsein der Strafbarkeit einer Hdlg. bzw. der Art und Höhe der auf dieselbe angedrohten Strafe ist daher zur Verurteilung wegen der btr. Hdlg. nicht erforderlich. So die GM., insbs.: RG. III 25. Sept. 80 E. 2 268, Berlin 30. Okt. 72 G. 20 559 und 12. Juli 77 O. 18 400 namentl. auch für den Fall, daß die btr. Hdlg. in früheren Fällen selbst von höheren Justizbehörden für straflos erachtet worden sei. AM. Schütze S. 117 u. Ortmann GS. 29 252, 30 36, welche Bewußtsein der Strafbarkeit fordern, ferner Ortloff Strafbarkeits-Erkenntnis als Schuldvoraussetzung (Marburg 1891), auch v. Buri GS. 28 168, 29 Beilageh. S. 155, indem er Bewußtsein, die Hdlg. sei eine mit staatlichen Nachteilen bedrohte, verlangt.

Ebenso unerheblich ist ein Rechtsirrtum btr. objektiver Bedingungen des Strafrechts oder über Voraussetzungen der Verfolgung; sie stehen außerhalb des Tatbestandes der strafb. Hdlg. und haben folglich die subjektiven Erfordernisse der letzteren auf jene keinen Bezug. Dies gilt insbs. auch von dem Erfordernisse des Strafantrages (§ 61 N. 55). So die GM., namentl. btr. des Strafantrages: RG. II 1. Juli 81 E. 4 346, Dresden 16. März 74, Berlin 20. Jan. 75, St. 4 178, 5 86.

§. 60.

Eine erlittene Untersuchungshaft kann bei Fällung des Urtheils auf die erkannte Strafe ganz oder theilweise angerechnet werden.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 53, II § 58.

1) Der Ausdruck „Untersuchungshaft" ist als ein technischer in dem Sinne, wie er jetzt in der StPO. §§ 112—126 gebraucht wird, nicht zu verstehen; dem stand früher namentl. die verschiedenartige Strafprozeßgesetzgbg. der einzelnen Bundesstaaten entgegen, wie auch jetzt noch der Umstand, daß eine Sicherungshaft im strafrechtl. Verfahren im Aus-

Digitized by Google

lande stattgefunden haben kann, also auf Grund von Prozeßvorschriften, die vielleicht eine Untersuchungsh. i. techn. S. der StPO. nicht kennen. So wird man unter „Untersuchungshaft" diejenige Freiheitsentziehung verstehen müssen, die der Angeklagte seitens einer zur Strafverfolgung i. w. S. berufenen Behörde im Interesse der Untersuchung erlitten hat, gleichgültig, ob sie im Stadium der ersten von den Polizei- und Sicherheitsorganen bzw. der StAschaft geleiteten Ermittelungen oder in dem Verfahren nach Anrufung einer richterlichen Behörde (München OLG. 10. Dez. 98 E. 10 153), gleichgültig, ob sie im In- o. Auslande (v. Schwarze N. 7) stattgefunden hat, also auch z. B. die Vorführung gemäß StPO. § 229$_2$ bzw. die Zeit der Überführung aus einem Arbeitshause ins gerichtl. Gefängnis behufs Aburteilung i. d. Hauptvhdlg.; München Oberstes LG. 7. Jan. 02 E. 2 192; aM. Berlin OAG. 4. Jan. 73 St. 2 149, insofern es Haft in einem „Gefängnis" fordert unter Ausschluß anderer Detention. Ausgeschlossen erscheint an sich nur die im rein poliz. Interesse, z. B. der öffentlichen Sicherheit auf Grund des PrG. v. 12. Feb. 1850 § 6, erfolgte Verwahrung sowie die Festnahme seitens einer Privatperson, wofür der Ausdruck „Haft" nicht gebräuchlich ist. So: Schütze S. 188 N. 17, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, auch das zit. Berlin St. 2 149.

2) Es ist in der Natur der Sache begründet, daß nur die in der *vorliegenden Untersuchungssache*, nicht die in einer anderen Untersuchgssache erlittene Untersuchgsh. angerechnet werden kann; RG. I 26. Jan. 03 E. 4 156, Berlin 19. Juni 72 O. 13 363. Für die Frage aber, was als *eine und dieselbe* Untersuchungssache anzusehen sei, ist das Urteil entscheidend, da bei Fällung desselben (N. 6) die Anrechnung zu geschehen hat.

Bezieht das Urteil sich auf mehrere strafb. Hdlgen desselben Angeklagten, so kann die Anrechnung auf die Gesamtstr. (§ 74) bzw. auf die verschiedenen einzeln zu erkennenden Strafen geschehen, wenn die Untersuchungsh. auch nur wegen *einzelner* dieser Hdlgen verhängt war, ja selbst wenn wegen *dieser* Hdlgen Freisprechung, die Verurteilung aber wegen *anderer* Hdlgen erfolgte; RG. II 21. Jan. 81 E. 3 264, Berlin 16. Juli 75 St. 5 261, Finger 1 523, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 7. Der erforderliche Zusammenhang zwischen der erlittenen Untersuchungsh. und derjenigen Strafverfolgung, auf welche die Urteilsfällung sich bezieht, ist auch in einem Falle als vorliegend angenommen, in dem die Untersuchungsh. zwar wegen einer Hdlg. *verhängt* war, bezüglich welcher demnächst Einstellung des Verfahrens erfolgte, dennoch aber die *Untersuchung auch auf dasjenige Delikt* sich erstreckte, das den Gegenstand der Aburteilung bildete; RG. III 9. März 81 N. 3 126. Immer aber muß zutreffen, daß die verschiedenen Delikte Gegenstand der nämlichen Untersuchung waren, daß die erlittene Untersuchungsh. in Beziehung stand zu derj. Strafverfolgung, welche die Urteilsfällung betraf, was nur da der Fall, wo die eingeleitete Untersuchung schon z. B. der Verhängung der Untersuchungsh. die mehreren Delikte umfaßte; RG. III 19. Juni 97 E. 30 182; ähnlich I 7. Juli 98 E. 31 244 (die erforderliche Verbindung im Verfahren liege nicht vor, wenn lediglich eine in einem anderen Verfahren ausgesprochene Strafe zur Bildung einer Gesamtstr. nach § 79 verwendet werde).

Der Umstand, daß die Untersuchgsh. *gleichzeitig in einer anderen Untersuchungssache* als der zur Aburteilung stehenden gegen den Angeklagten verhängt ist (in dieser oder in jener unter der Bezeichnung als sog. Superarrest), schließt die Anrechnung nicht aus, solange nur nicht dadurch eine zweimalige Anrechnung derselben Haft herbeigeführt wird; RG. II 28. Nov. 82 N. 4 850.

3) Nur die „*erlittene*" Untersuchgsh. kann angerechnet werden, nicht also die Untersuchgsh., welche ein Angeklagter nach der Fällung des Urteils möglicherweise (StPO. § 482) noch erleiden wird. Dagegen kann der Berufungsrichter auch die Untersuchgsh. anrechnen, die Angeklagter seit Fällung des erstinstanzlichen Urteils erlitten hat; aM. Rüd.-St. N. 9.

4) Da nur die „*erlittene Untersuchungshaft*" angerechnet werden kann, so ist die Anrechnung ausgeschlossen, soweit während einer Untersuchgsh. mit Genehmigung des Gerichts *Freiheitsstrafen* verbüßt sind; RG. III 23. Okt. 80 N. 2 380. Andererseits kann aber regelmäßig Anrechnung stattfinden, wenn ein Strafgefangener aus Anlaß einer gegen

Digitized by Google

ihn eingeleiteten Untersuchung in ein Untersuchgsgef. übergeführt wird, da eine Bestimmung, wonach die in letzterem verbrachte Zeit ohne weiteres auf die Strafzeit anzurechnen wäre, nicht besteht, es sonach einer Willenserklärung der Strafvollstreckungsbehörde zur Vollziehung des Strafrestes in dem Untersuchgsgef. bedarf; RG. III 6. Nov. 80 N. 2 456.

5) Die Anrechnung hat „auf die erkannte Strafe" zu geschehen; folglich ist diese zunächst, ohne Rücksicht auf die Anrechnung, den gesetzlichen Vorschriften gemäß auszumessen (weshalb auch die Anrechnung für die Frage nach dem „mildesten Gesetz" außer Betracht bleibt; § 2 N. 24) und im Urteilstenor zum Ausdruck zu bringen, da sonst nicht auf eine Strafe „erkannt" sein würde; übrigens ist der Ausdruck gleichbedeutend mit dem in den Motiven und im § 7 (das. N. 3) gebrauchten, weniger korrekten Ausdrucke „auf die zu erkennende Strafe". Da es immer nur um Anrechnung auf die erkannte Strafe sich handelt, so kann nicht etwa die erlittene Untersuchungsh. soweit, wie sie anzurechnen ist, als vorweggenommene Strafhaft angesehen werden, vielmehr bleibt für die Berechnung der Dauer der Strafhaft immer deren Antritt entscheidend; RG. I 28. Sept. 96 E. 29 75.

6) Die Anrechnung hat „bei Fällung des Urteils" zu geschehen; ist sie dort versäumt, so kann sie später nicht nachgeholt werden; RG. II 22. Nov. 81 E. 5 173, das sachgemäß zwischen „Vervollständigung des beschlossenen, aber unrichtig publizirten Urteils" und „Publikation der Anrechnung auf Grund neuer Verhandlung" unterscheidet.

7) Eine Untersuchgsh. „kann" angerechnet werden; sie ist also nicht, wie im Falle des § 7 (das. N. 3), obligatorisch, sondern in das Ermessen des erkennenden Richters (nicht des Landesrechts; Binding Hb. 1 314) gestellt, so daß aus der Nichtanrechnung an sich ein Revisionsgrund selbst dann nicht entnommen werden kann, wenn sie trotz eines die Anrechnung bezweckenden Antrages in den Urteilsgründen nicht erwähnt wird; RG. II 9. Mai 02 E. 35 234, Oppenh.-D. N. 6. Nur wenn das Urteil ergibt, daß die Anrechnung aus einem rechtsirrtümlichen Grunde, z. B. wegen Verkennung des Begriffs Untersuchgsh., nicht erfolgt sei, ist die Revision begründet; vgl.: RG. II 28. Nov. 82 N. 4 850, Berlin 10. Sept. 73, 10. Feb. 75, St. 3 66, O. 16 115.

8) „Die Anrechnung kann auf die erkannte Strafe geschehen", dem Wortlaute nach also unbeschränkt auf jede Strafe, welche erkannt ist. Es würde danach eine Anrechnung auch auf die Todesstr., auf lebenslängl. Freiheitsstr. und auf Ehrenstr. statthaft sein, wenn nicht jene Bestimmung einer sinngemäßen Einschränkung zu unterwerfen wäre. Ihr Sinn geht offenbar dahin, daß durch eine erlittene Untersuchgsh. die Strafe selbst — wie auch der gerichtsgebräuchliche Ausdruck ist — ganz oder teilweise für verbüßt angesehen werde. Wo dieses, wie bei lebenslängl. Freiheitsstr., nicht möglich ist, da kann auch eine Anrechnung nicht stattfinden. Es würde aber auch dem Sinne nach eine Todesstr. oder ein Verweis nicht durch eine Untersuchgsh. als verbüßt angesehen werden können; denn jene ist ihrer großen Bedeutung, diese als Ehrenstr. (§ 57 N. 11_2) ihrer ideellen Art nach ein solches Strafübel, daß eine erlittene Untersuchgsh. eine jede dieser Strafen völlig unberührt läßt. Dazu kommt, daß von einer „Anrechnung" nur da die Rede sein kann, wo ein „Rechnen" möglich ist, daß deshalb beim Vorliegen zweier inkommensurabeler Größen ein Anrechnen der einen auf die andere ausgeschlossen ist. Todesstr. und Verweis einerseits, Untersuchgsh. andererseits sind aber inkommensurabele Größen. Dasselbe gilt von allen anderen Ehrenstr., außer dem Verweise, bei denen noch hinzutritt, daß diese auch ohne eingetretene Verbüßung der Hauptstr. ihre Wirkung äußern, so daß es also vernunftwidrig sein würde, der einer „Verbüßung" gleichgeachteten Untersuchgsh. auf sie einen Einfluß einzuräumen.

Bei der Frage, welche Strafen mit der Untersuchgsh. überhaupt meßbar seien, wird man, trotzdem § 21 keine Anwendung finden kann (RG. I 3. Jan. 87 E. 15 143, Berlin 8. Apr. 72 St. 1 261), da er nicht einmal der Haft erwähnt, mit welcher die Untersuchgsh. als einfache Freiheitsentziehung wesentlich gleichsteht, dennoch sämtliche Freiheitsstr. nennen müssen, da sonst dem § 60 überhaupt die Anwendung entzogen werden würde. Dazu tritt die Geldstr.; denn da § 29 ein Verhältnis dieser zu den Freiheitsstr. angibt, folgt aus der Kommensurabilität dieser mit der Untersuchgsh. auch die jener. Aus dem gleichen Grunde wird die Untersuchgsh. auf die Einziehung einzelner Gegenstände, soweit solche

Digitized by Google

als Strafe und nicht als poliz. Maßregel erscheint (N. 9), und auf die Nebenstr. des § 335 angerechnet werden können, wenn der eingezogene Gegenstand bzw. das als Vorteil Empfangene einen schätzbaren Geldwert hat.

So im wesentlichen: Finger I 523, v. Liszt S. 232, Lucas S. 201, Rubo N. 6 (s. jedoch u. N. 9), Rüd.-St. N. 4, 8 (aM. jedoch btr. die Einziehung), Mager G. 20 240 und speziell hinsichtlich der Geldstr. Berlin 13. Juli 72 St. 2 24. AM. sind jedoch bezüglich des Verweises: Berner S. 293, H. Meyer S. 425, v. Schwarze N. 3, sowie bezüglich des Verweises u. der Ehrenstrafen Schütze S. 189 N. 22 u. Oppenh.-D. N. 8, 9, während v. Liszt aO. eine Anrechnung bei Nebenstr. nie zulassen will.

9) Da die Anrechnung nur auf die erkannte „Strafe" geschehen kann, so ist sie gänzlich ausgeschlossen bei den polizeil. Maßnahmen und den Privatgenugtuungen (T. I Abschn. 1 N. 4,5); deshalb namentl. bei der Buße; so Rüd.-St. N. 8; aM. Rubo N. 6.

10) Die erlittene Untersuchgsh. kann „ganz oder teilweise" angerechnet werden. Wie hierüber das pflichtmäßige Ermessen des Richters entscheidet, so auch über die Art und Weise, in welcher die Untersuchungsh. auf die erkannten Strafen anzurechnen sei; auf Grund dessen pflegt die Praxis meist von der erkannten Freiheitsstr. einer der Dauer nach gleichen oder (namentl. bei Zuchthausstr.) kürzeren Teil „durch die erlittene Untersuchgsh." für verbüßt zu erachten; nach dieser Ausdrucksweise wird also die Untersuchgsh. zwar „ganz" angerechnet, aber je nach Umständen auf einen gleich langen oder auf einen kürzeren Teil der Freiheitsstrafe.

Die Anrechnung kann namentl. auch derartig geschehen, daß der noch zu verbüßende Teil der Strafe weniger beträgt als der Mindestbetrag, auf den nach den Bestimmungen der §§ 14_2, 16_1, 17_2, 18, 27 erkannt werden durfte; diese Grenze muß beim Erkennen der Strafe (N. 5) innegehalten werden, kann aber für die Anrechnung nicht maßgebend sein, weil gerade die angerechnete Untersuchgsh. einer verbüßten Strafe gleichgeachtet wird. So: Berlin 8. Apr. 72 St. I 261, H. Meyer S. 359, Schütze S. 189, Rubo N. 5, v. Schwarze N. 4. Die Ansicht von Rüdorff bei Rüd.-St. N. 10, daß die zu verbüßende Zuchthausstr. wegen $§ 19_3$ wenigstens nach vollen Monaten bemessen werden müsse, ist aus demselben Grunde nicht stichhaltig.

Unzulässig erscheint es endlich, bei Festsetzung des noch zu verbüßenden Teiles der Zuchthausstr. auf weniger als ein J. diese nach Analogie des $§ 44_4$ in Gef. zu verwandeln; denn die Fälle sind in Wahrheit nicht analog. So: Schütze S. 189, v. Wächter S. 279, Frank N. II 4, Oppenh.-D. N. 13, v. Schwarze N. 4, auch Stenglein in Rüd.-St. N. 10 A. *. AM.: Merkel HH. 4 84 N. 4, Rüdorff in Rüd.-St. N. 10.

11) Das richterliche Ermessen bei Anrechnung der Untersuchungsh. auf gewisse Strafen (N. 10) erleidet einzelne in der Natur der Sache liegende Beschränkungen:

a) Die Anrechnung kann nicht in der Weise geschehen, daß eine längere Freiheitsstr. durch eine kürzere Untersuchungsh. für verbüßt erachtet wird, weil eine Untersuchgsh. ihrem Wesen nach niemals für schwerer als eine Freiheitsstr. erachtet werden kann; RG. I 3. Jan. 87 E. 15 143, Berlin 3. März 76, 16. Apr. 78, O. 17 165, 19 227, Frank N. II 3, Oppenh.-D. N. 12, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 8, Mager G. 20 241.

b) Die Anrechnung kann nicht in der Weise geschehen, daß nur die Freiheitsstr., die an die Stelle einer Geldstr. für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann (§ 28), tritt, nicht aber die an erster Stelle erkannte Geldstr. für verbüßt erachtet wird; beide verhängte Strafübel stellen dieselbe Strafe dar, so daß, wenn man die Anrechnung auf die eventuelle Strafe allein zulassen wollte, rücksichtlich derselben Verurteilung und derselben „Strafen" die Untersuchgsh. je nach den Umständen angerechnet oder unberücksichtigt bleiben würde; die Befugnis zu einer derartigen Anrechnung ist dem Richter aber durch § 60 nicht gegeben, da vielmehr die „erkannte Strafe" die Grundlage für die Anrechnung zu bilden hat; Berlin 13. Juli 72 St. 2 24, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 3.

12) Der Charakter der Vorschrift ist ein allgemeiner, so daß die Anrechnung der Untersuchgsh. namentl. auch bei Strafen erfolgen kann, die auf Grund von Landesgesetzen, insbs. den nach EG. $§ 2_2$ in Kraft bleibenden, erkannt sind; Berlin 13. Juli 72 St. 2 24.

Digitized by Google

13) Eine Strafe, die auf Grund eines rechtskräftigen Urteils (RG. I 16. Mai 81, 14. Okt. 86, E. 4 230, 14 421) durch Anrechnung der Untersuchgsh. als verbüßt gilt, steht einer verbüßten Strafe ganz gleich; so bei Berechnung der Zeitdauer der Wirkungen der Aberkennung der bER. (§§ 32 N. 10, 36 N. 3), bei Verhängung der Nebenstr. der JulvPolAufs. sowie der Berechnung ihrer Zeitdauer (§ 38 N. 5_3, 12_3), so ferner bei Berechnung der Frist der Strafvollstreckungsverjhrg. (§ 70 N. 8), so endlich beim Rückfall (§ 244 N. 6_3). Vgl. dagegen § 23 N. 2b wegen der „vorläufigen Entlassung".

14) Während einerseits unter gewissen Voraussetzungen auf die zu vollstreckende Freiheitsstr. die erlittene Untersuchgsh. gesetzlich nach StPO. § 482 „unverkürzt anzurechnen ist", schließt andererseits die Bestimmung des § 60 nicht aus, daß der Richter bei Findung des Urteils die erlittene Untersuchgsh. lediglich als Strafzumessungsgrund in Betracht ziehe; RG. II 21. März 82 N. 4 264.

15) In prozessualer Beziehung ist folgendes hervorzuheben:

a) Es gehört zur Strafrage, ob eine Anrechnung der Untersuchgsh. vorzunehmen sei; es kann deshalb die Anrechnung im schwurgerichtl. Verfahren nicht zum Gegenstande einer Frage an die Geschworenen gemacht werden; Löwe-H. StPO. § 262 N. 3.

b) Die Frage, ob § 60 richtig angewendet worden, ist keine prozessuale; bei einer wegen unrichtiger Anwendung des § 60 eingelegten Revision wird sonach das Urteil nicht wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren, sondern wegen Verletzung einer anderen Rechtsnorm angefochten (StPO. § 384); RG. I 12. Nov. 83, 3. Jan. 87, E. 9 244, 15 143. Eine Rüge wg. Verletzung des § 60 kann folglich nur auf Grund des Inhalts der Urteilsgründe entschieden werden, nicht aber unter Berücksichtigung des Akteninhalts; so RG. IV 9. Juni 03 G. 50 388; anders jedoch III 23. Okt. 80 N. 2 380, I 7. Juli 98 E. 31 244.

c) Nimmt der anrechnende Richter auf Grund tatsächlichen Irrtums an, daß Untersuchgsh. verbüßt sei bzw. eine solche von längerer Dauer verbüßt sei, während der Angeklagte überhaupt keine oder nur eine kürzere erlitten hat, so liegt Verletzung eines Gesetzes nicht vor und kann folglich eine eingelegte Revision keinen Erfolg haben (StPO. § 376); RG. II 9. Nov. 80, I 29. Sept. 81, R. 2 479, 3 561 sowie die zitt. E. 9 244, 15 143. Dies gilt selbst dann, wenn in den Urteilsgründen selbst die Unrichtigkeit bezüglich der Annahme der Untersuchungsh. anerkannt wird.

d) Aus dem Prinzip der relativen Rechtskraft folgt, daß, wenn ein Urteil, durch das der Angeklagte zu einer Freiheitsstr. unter Anrechnung von Untersuchgsh. verurteilt war, auf Anfechtung nur seitens des Angeklagten aufgehoben war, das neue Urteil nicht auf die früher erkannte Strafe ohne Anrechnung der Untersuchgsh. erkennen darf; RG. III 4. Dez. 80 N. 2 602.

§. 61.

Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, wenn der zum Antrage Berechtigte es unterläßt, den Antrag binnen drei Monaten zu stellen. Diese Frist beginnt mit dem Tage, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Thäters Kenntniß gehabt hat.

PrStGB. § 50. Entw. I § 54, II § 59.

Antrag, genereller 42, 45,
gg. eine bst. Person 42.
Antragsberechtigter 10, 13,
phys. o. jurist. Person 14.
Antragsdelikte 7,
absolute u. relative 8, 18, 45.
Antragsrecht, Bedeutg. u. Wirkg.,
materielle 1, 2,
prozessuale 2, 55 ff.
Bedingungen 45.
Behörde, zuständige 21 ff.
Berufungsinstanz 61.
Beschädigter 12b.
Beschluß auf Einstellung 57.
Beschränkungen 47.
Bevollmächtigter als Verletzter 19.
Deliktsformen, Antragserfordernis 9.
Einstellung des Verfahrens 57.
Erben 20.
Ermächtigung 5, 38.
Feststellung des Strafantr. 62.
Folgen d. Antragstlg. 48.
Form d. Antrages 25,
insbs. schriftl. 26, protokoll. 27.
Frist 33,
insbs. Beginn 29 ff., Dauer 28,
Natur 34.
Genehmigg., nachträgl. eines Strafantrages 15_4.
Generalvollmacht 18.
Handlung, Begriff 40.
Kenntnis v. d. H. 33 ff.
Qualifikation 39.
Inhalt d. Strafantr. 38.

Digitized by Google

Kenntnis, Begriff 32.
. . seitens d. Berechtigten 30, von der Hdlg. 33 ff., von der Person des Täters 36.
Materie 3.
Motiv z. Antragstlg. 48.
Natur d. Antragsrechtes 1.
Nebenklage s. Privatklage.
negotiorum gestio 15.
Person, Kenntnis v. d. P. 36, Strafantr. gg. eine best. P. 42.
Privat(Neben)klage, Strafantr. enthlt. 38.
Prozeßfrist ? 54a.
Prozeßvoraussetzung 1, 55, 56.
Rechtzeitigkeit, Beweislast 57.
Revisionsinstanz 61.
Rügefrist 54.
Schiedsmann 25.
Schuldfrage 60a.
Sprachgebrauch 4.
Stellvertretung, in d. Erklärung 15, 16, im Willen 17.
Strafrage 60b.
Täter, Person d. . . 36.
Umstand, strafausschl. 33.
Unterlassg. d. Antragstlg. 50.
Unzuständige Behörde 25.
Urteil auf Einstlg. 57.
Urteilsvoraussetzung 55, 57.
Vererblichkeit 20.
Vergleich 49b; . . .sbehörde 25.
Verhinderung d. Antragstlg. 50, rechtl. 51, tatsächl. 52.
Verjährungsfrist ? 54b.
Verletzter 10, Behörde als V. 14, 24. Bevollmächtigter als V. 19.
Versäumung d. Antragstlg. 50.
Verzeihung 49a.
Verzicht 49b.
Vollmacht s. Generalvollmacht, vermutete 15.
Vorbehalte 46.
Vorfrage, prozessual. 61.
Wiedereinsetzung i. d. v. St. 54a.
Zeit d. Tat 8, 11.
Zivilrecht 12a.
Zusammentreffen, mehrerer Antragsberechtigungen 59, v. Antragsberechtigg. u. Offizialtätigkt. 58, 59.
Zusätze z. Strafantr. 44.
Zuständigkeit d. Behörde 22.

Zu §§ 61—63. N. 1—5.

1) Diese §§. handeln von den sog. Antragsberechtigungen im allgemeinen, jedoch nicht erschöpfend, indem auch die StPO. in den §§ 127_2, 130, 156_2, 259 (414, 435) u. 502 allg. Vorschriften enthält. Die Regelung der Materie (N. 3) in den beiden Gesetzbüchern, dem StGB. und der StPO., entspricht der Natur des Antragsrechts, das, auf der Grenze des materiellen und des formellen Rechtes liegend, in beide Gebiete hineingreift, ohne einem ausschließlich anzugehören; Berlin 22. Jan., 31. Mai 72, St. 1 169, 329, Binding Hb. 1 85 u. Normen 1 30, Geyer 1 205, Hälschner 1 711, Schütze S. 168 N. 6, Francke G. 20 22, v. Risch GS. 36 251 insbs. N. 9.

Die materielle Bedeutung des Erfordernisses eines Antrages liegt darin, daß die Strafpflicht des Staates bei den Antragsdelikten zweifach, sowohl durch die verbotene Hdlg. als auch durch den Antrag des dazu Berechtigten bedingt ist; Birkmeyer Enzykl. S. 1148, Köhler Strafantrag S. 19.

Es hat aber das hiernach seinem Grunde nach materiellrechtliche und deshalb unter den „Strafausschließungsgründen" behandelte Institut im StGB. selbst (§ 61) eine prozessuale Einkleidung erhalten, welche für die ganze Lehre von der Antragsberechtgg. von großem Einfluß ist; demnach liegt die formelle Bedeutung des Erfordernisses eines Strafantr. darin, daß beim Mangel desselben die strafrechtliche Verfolgung ausgeschlossen ist, daß er somit eine sog. Prozeßvoraussetzung bildet; Binding Grundr. S. 85, Finger 1 189 u. GS. 50 46, Hälschner 1 711, v. Liszt S. 197, Lucas S. 118 (s. jedoch auch S. 215 f.) v. Risch GS. 36 251, v. Kries ZStrW. 5 10 ff. Auf diesem positiven Standpunkt steht auch RG.; vgl. insbs.: III 31. Dez. 79 E. 1 43 (die Vorschriften, welche dem Gerichte die Feststellung der Begriffserfordernisse einer Straftat zur Pflicht machten, fänden auf die Voraussetzungen des Strafantr. keine Anwendung), 17. Apr. 80 R. 1 614 (der Strafantr. gehöre nicht zum Tatbestande, sondern bilde nur eine Voraussetzung der Strafverfolgung), I 12. Juli 80, II 4. Apr. 82, E. 2 221, 6 161 (der Strafantrag stehe mit der Schuld- u. Strafrage in keinem inneren Zusammenhange, sondern sei nur eine prozessuale Voraussetzung für die Strafverfolgung).

Die Regelung des Antragsrechtes beruht hiernach auf dem Gedanken, daß das Vorliegen eines im Gesetze erforderten, materiell zwar nicht die Entstehung des Verbrechens, wohl aber des Strafanspruches bedingenden sog. Strafantrages formell die Voraussetzung der Strafverfolgung bildet; so auch RMG. I 30. Apr. 03 E. 5 87, mit dem Hinzufügen, daß die überwiegende Bedeutung des Strafantr. auf materiellem Gebiete liege, indem er „Bedingung der Bestrafung" sei.

2) Die Hauptwirkung der materiellen Bedeutung des Antragsrechtes in dem N. 1 erläuterten S. zeigt sich bei der Teilnahme in den Fällen einer nur relativen Antragsberechtgg. (N. 8); da das Antragsdelikt nicht eine „nur bedingungsweise strafbare,

Digitized by Google

sondern nur eine bedingungsweise zu strafende Tat ist" (so Hälschner 1 712, ähnlich Lehmann Strafantr. S. 17), so ist an sich „Teilnahme" i. S. des T. I Abschn. 3 daran möglich (vgl. das. N. 6 sowie §§ 47 N. 2, 48 N. 2, 49 N. 2) und folgeweise auch zu bestrafen, falls die Strafverfolgung im konkreten Falle wegen der Relativität des Antragserfordernisses nur gegen den Täter ausgeschlossen war (§ 64 N. 15; aM. Birkmeyer Teiln. S. 159).

Wegen weiterer der materiellen Bedeutung des Antragserfordernisses entspringender Wirkungen vgl. §§ 2 N. 20, 42 N. 6b sowie StGB. Art. III N. 1.

Wegen der aus der prozessual. Bedeutung sich ergebenden Wirkungen s. u. N. 55 ff.

3) Aus dem N. 1 Bemerkten ergibt sich, daß im StGB. die „Materie" der Antragsberechtigungen (EG. § 2 N. 3) nicht abgehandelt werden konnte, und bieten die daselbst zitierten Bestimmungen der StPO., namentl. über die Form des Antrages, den Beleg dafür, daß solches nicht geschehen ist. Es sind deshalb durch das StGB. sowohl in seiner ursprünglichen als auch in den späteren Redaktionen, insbs. der durch die StGB. herbeigeführten, nach allg. Grundsätzen nur die entgegenstehenden Vorschriften des Reichs- u. Landesstrafr. aufgehoben, während die prozeßrechtl. Vorschriften der Landesgesetze erst durch EGStPO. § 6 beseitigt, die der Reichsgesetze dagegen nach § 5 das. unberührt geblieben sind. Die nicht entgegenstehenden materiellen Bestimmungen des Landesstrafr. sind daher noch in Geltung; so Köhler Strafantrag S. 27; aM.: Binding Hb. 1 313, Finger 1 188 N. 248, Rüd.-St. N. 33, Nessel Antragsber. S. 16 u. Reber Antragsdel. S. 113, insofern sie annehmen, daß die allg. Grundsätze des StGB. auch für die in Kraft erhaltenen landesgesetzl. Antragsdel. durchweg maßgebend seien; vgl. auch RG. II 22. Dez. 03 E. 37 37 (39), die Frage der Antragsberechtigg. wg. Beleidigung sei im StGB. erschöpfend geregelt.

4) Der doppelten Natur der Antragsberechtggen und der Behandlung ihrer Materie sowohl im StGB. als auch in der StPO. trägt im ganzen die Ausdrucksweise beider Gesetze Rechnung, indem das StGB. in den §§ 63, 65, 195, 198 vom „Antrage auf Bestrafung" und im § 196 vom „Strafantrage", die StPO. aber in den §§ 127_2, 130, 156_2, 259 von der „nur auf Antrag eintretenden Verfolgung", bzw. im § 502 von dem durch einen Antrag „bedingten Verfahren" spricht. Das StGB. bedient sich freilich wie im § 61 so auch bei den einzelnen Antragsdel. der Formel: „die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein". Vgl. auch StGB. Art. III „Antrag auf Verfolgung". Einen Ausfluß der Doppelnatur vgl. bei § 63 N. 4.

5) Wegen des Unterschiedes zwischen den Antrags- und den sog. Ermächtigungsdelikten vgl. § 99 N. 3 f.

Zu § 61. N. 6—63. — Erfordernis des Antrages. N. 6—9.

6) Die Motive heben in Nr. 22 der Zusammenstellung der wesentlichen Abweichungen des Entw. II von dem PrStGB. die Erweiterung des Kreises der nur auf Antrag zu verfolgenden strafb. Hdlgen hervor. Durch die Beschlüsse des RT. wurde die Zahl der Antragsfälle noch vermehrt; vgl. Rubo S. 67 Nr. XIII. Die StGB. beseitigte dagegen wieder das Erfordernis des Strafantr. in manchen Fällen und beschränkte es in anderen; die Beseitigung bezog sich in Ansehung der §§ 177, 240 u. 241 auf Fälle, in denen schon der Entw. einen Antrag erforderte, während die Beseitigung in Ansehung der §§ 176, 296 u. 370^4 sowie die Beschränkungen durchweg auf Fälle sich bezogen, in denen das Erfordernis eines Antrages bzw. dessen Ausdehnung (§§ 247, 263, 292) erst durch den RT. beschlossen war.

7) Nach dem StGB. tritt — abgesehen von § 4^3 — die Verfolgung „nur auf Antrag" in folgenden Fällen ein:

a. bei den Verbrechen aus §§ 102; 179; 236; 243, 244 (247);
b. bei den Vergehen aus §§ 102; 103; 104; 123_1; 170; 172; 182; 185—187, 189 (194—196); 223, 230_1 (232); 236; 237; 242, 246 (247); 263; 288; 289; 292; 299; 300; 301; 302; 303;
c. bei den Übertretungen aus § $370^{5, 6}$.

Wegen zweier streitiger Fälle vgl. §§ 257 N. 49, 293 N. 5.

Vgl. andererseits MStGB. §§ 51 u. 127, wonach die Verfolgung eines milit. V. o. V. stets, sowie die Verfolgung eines Diebst., einer Unterschlgg., einer Körperverletzg. und eines

Digitized by Google

V. o. V. wider die Sittlichkeit, von einer Perſon des Soldatenſtandes im Felde begangen, von einem Strafantr. unabhängig iſt. Der Zeitpunkt der Urteilsfällung iſt gleichgültig; ſo Hecker Militärſtrafr. S. 130; aM. Oppenhoff-D. N. 44.

Die Landesgeſetzgbg. kann in dem ihr nach EG. § 2 verbliebenen Gebiete das Erfordernis eines Strafantr. nach Belieben aufſtellen, da das StGB. in dieſer Hinſicht eine Beſchränkung nicht enthält (N. 3); Binding Hb. 1 285, Hälſchner 1 714.

8) Während die Antragsdel. der Regel nach absolute ſind, ſo können diejenigen aus §§ 247, 263, 292 als relative bezeichnet werden, weil hier der Antrag nur bei gewiſſen perſönlichen Beziehungen des Täters zum Verletzten erforderlich iſt, falls dieſe aber nicht vorliegen, Verfolgung von Amts wegen einzutreten hat. Letztere hat übrigens auch dann zu erfolgen, wenn durch dieſelbe Hdlg. mehrere Perſonen verletzt worden ſind und der Täter zu einzelnen in ſolcher Beziehung ſteht, zu anderen aber nicht; RG. III 29. Mai 80 E. 2 73.

Die perſönliche Beziehung muß zur Zeit der Tat — genauer: z. B. ihrer Vollendung — vorhanden ſein; ſpätere Begründung kommt dem Täter nicht zuſtatten, ſpätere Löſung ſchadet ihm nichts (§ 64 N. 1); Oppenh.-D. § 247 N. 2a, Reber Antragsdelikt S. 259.

9) Das Antragserfordernis gilt für ſämtliche Deliktsformen, alſo namentl. auch für den Verſuch (§ 43), ſowie für die Anſtiftung und Beihilfe (§§ 48, 49).

Berechtigung zu dem Strafantrage; Übertragbarkeit. N. 10—20.

10) „Zu dem Antrage auf Beſtrafung berechtigt" iſt im allgemeinen, wie § 65 ergibt, der „Verletzte", im § 196 als „unmittelbar Beteiligter" bezeichnet. Darunter iſt der Träger des das Angriffsobjekt bildenden Rechtsgutes zu verſtehen; wer das ſei, läßt nur nach der Natur des betreffenden Antragsdel. ſich beſtimmen; ſo im weſentlichen: RG. II 16. Apr. 80 E. 1 370, III 11. Nov. 86 N. 8 703 (Verletzter ſei nicht ſchon derj., der ein bloßes Intereſſe an der Aufrechterhaltung des durch die Tat geſtörten Rechtszuſtandes habe, ſondern nur wer als Träger des durch das Verg. verletzten Rechtsgutes ſich darſtelle), IV 16. Apr. 89 E. 19 250, Binding Hb. 1 615, Geyer 1 208, Hälſchner 1 714 f., v. Liszt S. 197, Merkel S. 240, Rubo § 65 N. 1, Rödenbeck GS. 37 133. Vgl. dagegen Keßler Einw. d. Verl. S. 49 u. GS. 39 109, Verletzter ſei derj., deſſen Intereſſe durch die bezügliche Strafbeſtimmung geſchützt werden ſollte, ſowie Köhler Strafantrag S. 47, Verletzter ſei jeder, auf deſſen Rechtsſphäre ein Angriff gemacht werde.

Ob der Begriff des antragsberechtigten Verletzten mit dem des Verletzten i. S. der StPO. § 170 zuſammenfällt, kann hier dahingeſtellt bleiben.

11) Maßgebend iſt hiernach für die Frage nach der Perſon des Verletzten naturgemäß lediglich die Zeit der Begehung der ſtrafb. Hdlg.; ein nachher eintretender Wechſel in der Beziehung des Verletzten zu dem äußeren Gegenſtande der Hdlg. — z. B. durch Veräußerung des Eigentums der geſtohlenen Sache (§ 247) oder durch Zeſſion der Forderung (§ 288) — iſt deshalb gleichgültig; ſo: Binding Hb. 1 646 N. 31, H. Meyer S. 306, Oppenh.-D. § 65 N. 6a; aM. Reber Antragsdel. S. 342.

12) Aus dem in N. 11 feſtgeſtellten Begriffe des Verletzten folgt zweierlei:

a) Einſchränkungen des Zivilrechts (z. B. btr. Verfügungen über das Eigentum im ehelichen Verhältniſſe) vermögen die im Strafr. feſtgeſtellten Befugniſſe des Verletzten zur Antragſtellung nicht einzuengen oder zu beſeitigen; RG. I 20. März 84 E. 10 210. Ebenſowenig vermögen die Beſtimmungen des Zivilrechts über die Rechte und Pflichten der Eheleute untereinander Befugniſſe des Ehemanns über die Vorſchriften des StGB. hinaus (vgl. §§ 195, 232$_2$) zu erweitern; Berlin 24. Jan. 72 St. 1 168.

b) Nicht erforderlich iſt, daß der „Verletzte" auch zugleich „Beſchädigter" i. S. des Zivilrechts ſei; ſo kann es namentl. beim Verſuch (§ 43) eines Antragsdel. an jeder Beſchädigung fehlen, ohne daß der Begriff des „Verletzten" dadurch berührt wird; Berner S. 333, Binding Hb. 1 616, Hälſchner 1 716. Ähnliches gilt bei allen Antragsdel., die zur Vollendung den Eintritt „des Erfolges einer Verletzung" nicht erfordern; dieſer Geſichtspunkt wird von RG. III 8. Okt. 81 N. 3 612 verkannt.

Digitized by Google

13) Im einzelnen wird im StGB. als antragsberechtigt bezeichnet in:
§§ 102, 103 die auswärtige Regierung;
§ 104 der Beleidigte;
§ 170 der getäuschte Teil;
§ 182, die Eltern oder der Vormund der Verführten;
§ 189 die Eltern, Kinder oder der Ehegatte der Verstorbenen;
§§ 195, 232, sowohl die Beleidigten bzw. Mißhandelten als deren Ehemänner und Väter;
§§ 196, 232, außer den unmittelbar Beteiligten die amtlichen Vorgesetzten;
§ 288 der Gläubiger;
§ 292, wenigstens indirekt, der Jagdberechtigte;
§§ 247, 263 endlich die Angehörigen, Vormünder oder Erzieher, gegen welche ein Diebst., eine Unterschlgg. oder ein Betrug begangen wird, bzw. in § 247 die Person, welcher etwas gestohlen oder unterschlagen worden.

Soweit diese Sonderbestimmungen eine Abänderung von dem nach N. 11 geltenden Grundsatz, daß der Verletzte der Antragsberechtigte sei, enthalten, gehen sie natürlich vor, weshalb Hälschner I 714 u. v. Liszt S. 197 auch betonen, daß Antragsberechtigter zunächst derjenige sei, dem der Gesetzgeber in gewissen Fällen ausdrücklich diese Berechtigung zuweise.

Eine Ausnahme vom Prinzip enthält nur § 103 und zwar insofern, als nicht die „auswärtige Regierung", sondern der auswärtige Landesherr der Verletzte ist.

Durch die §§ 195, 196, 232, ist der Kreis der Antragsberechtigten kraft gesetzlicher Bestimmung erweitert, indem neben dem Verletzten noch andere als selbständig antragsberechtigt anerkannt werden, und zwar materiell, nicht blos formell, wie die Vertreter des Verletzten nach § 65 (das. N. 15); auch sonst sind noch selbständige Antragsberechtigungen nebeneinander denkbar, wie das des Konkursverwalters neben dem des Gemeinschuldners (RG. IV 26. Okt. 00, 4. März 02, E. 33 433, 35 149), o. das des Sequesters im Zwangsversteigerungsverfahren neben dem des Grundstückseigentümers; RG. III 12. Dez. 92 E. 23 344.

14) Der nach den N. 11 ff. Antragsberechtigte ist keineswegs immer eine physische Person; so kann, abgesehen von der „auswärtigen Regierung" (§§ 102 f.), z. B. antragsberechtigt sein im Falle: des § 242 (§ 370[5]) der Fiskus, bzw. eine Station desselben wie der Eisenbahnfiskus (RG. I 23. Sept. 89 E. 19 378), des § 288 eine „Firma" als Gläubigerin (RG. III 8. Okt. 81 N. 3 612), dsgl. eine solche auf Grund des Waarenzeichenschutzg. §§ 14, 15 (RG. I 1. Feb., IV 2. Feb. 97, E. 29 353, 364). Vgl. § 65 N. 17 f.

15) Daß der Antragsberechtigte den Strafantrag persönlich stellen müsse, verlangt das Gesetz nicht; die GM., insbs. RG. II 20. Apr. 80 E. 1 387, nimmt mit Recht an, daß ein „Auftrag zur Stellung des Strafantrages" bzw. eine „Stellvertretung in der Erklärung" zulässig sei, da auch innere Gründe nicht dagegen sprechen; so gut wie ein Strafantrag schriftlich gestellt werden kann (N. 26), so gut auch durch einen „Boten", der lediglich Werkzeug des Erklärenden ist. Über das Erlöschen eines solchen Auftrages gelten die Grundsätze des bürgerlichen Rechts; vgl. RG. III 1. Mai 80 E. 2 145; aM. Binding Hb. 1 659 N. 25.

Da über die Form eines solchen Auftrages nichts vorgeschrieben ist, so ist auch eine mündliche Beauftragung zur Stellung des Strafantr. genügend; RG. II 10. Dez. 80 N. 2 625, 21. März 81 E. 3 425. Folgeweise ist auch nicht einmal ein ausdrücklicher Auftrag notwendig, sondern ein aus schlüssigen Hdlgen zu entnehmender stillschweigender Auftrag hinreichend; RG. II 19. Dez. 79 N. 1 162, Binding Hb. 1 659, Lucas S. 203, v. Schwarze N. 6.

Dagegen kann ein Strafantr. auf Grund sog. vermuteter Vollmacht (deren das BGB. keine Erwähnung tut) gültig nicht gestellt werden, denn da liegt in Wahrheit ein Auftrag zur Stellvertretung nicht vor: RG. I 13. Juni 83 N. 3 389, III 17. Juni 82 E. 7 4, IV 14. Nov. 84 N. 6 734, Oppenh.-D. § 65 N. 8, v. Schwarze N. 6, Köhler Strafantrag S. 69. Ebensowenig kann ein Strafantr. gültig zufolge Geschäftsführung ohne Auftrag (welche die StPO. nur ausnahmsweise in den §§ 322, 474 kennt) gestellt werden; so die

Digitized by Google

GM., insbs.: Berlin 27. Nov. 74, 5. Juni 78, O. 15 817, 19 301, Dresden 15. Mai 71 St. 1 49. Eine andere Frage ist jedoch, ob ein auf Grund vermuteter Vollmacht Handelnder oder ein Geschäftsführer ohne Auftrag durch die äußerlich gegen die Güter des Vertretenen gerichteten Handlungen nicht selbst verletzt sein könne; vgl. N. 19.

Nur der Auftrag des Antragsberechtigten verleiht dem von einem Dritten erklärten Antrage Gültigkeit; deshalb ist der Antrag wirkungslos, wenn auch der Berechtigte innerhalb der Antragsfrist seinem Vertreter gegenüber die Zustimmung erklärt (aM. Bolze GS. 32 438), gerade wie der seitens eines Unberechtigten gestellte Antrag wirkungslos ist, wenn jener auch noch innerhalb der Antragsfrist die Berechtigung erlangt; Berlin 21. Nov. 72 St. 2 151. Durch Genehmigung eines von einem zur Vertretung nicht Befugten gestellten Strafantrages nach Ablauf der Antragsfrist seitens des Berechtigten o. dem Gesetz entsprechend bestellten Vertreters kann der Antrag nicht wirksam werden; RG. I 2. Juli 85, IV 17. Nov. 03, E. 12 327, 36 413.

16) Da der mit der Stellung des Strafantrages Beauftragte lediglich der die bezügliche Erklärung des Verletzten überbringende Bote ist, so kann alles nur darauf ankommen, ob die Willenserklärung des Verletzten tatsächlich innerhalb der Antragsfrist (N. 28 ff.) an die zuständige Stelle gelangt. Folgeweise braucht das Auftragsverhältnis nicht notwendig aus dem Strafantr. zu erhellen (Berlin 24. März 76 O. 17 217), bzw. der Antrag nicht ausdrücklich „im Auftrage des Verletzten" gestellt (RG. III 19. Dez. 79 N. 1 162), endlich auch der Nachweis des Auftrages (N. 15) nicht innerhalb der Antragsfrist erbracht zu werden (so: RG. aO. u. I 2. Juli 85 E. 12 327, Berlin 23. Feb., 31. Okt. 72, St. 1 25, 177, v. Schwarze N. 6; aM. München 2. Juni 76 St. 6 156); vgl. § 65 N. 17₃.

Ist der Verletzte, der den Auftrag zur Stellung des Strafantr. erteilt hatte, zur Zeit der Antragstellung verstorben, so ist diese wirkungslos, da alsdann die abgegebene Erklärung nicht mehr mit einem noch wachenden, sondern nur mit einem erloschenen Willen des Verletzten korrespondiert; so: Berlin 12. Dez. 77 O. 18 779, Lucas S. 203, H. Meyer S. 311 N. 67; aM. Binding Hb. 1 646 N. 27, 659 N. 25. Wg. Eintritts einer Geisteskrankheit nach Erteilung der Vollmacht vgl. § 65 N. 13.

17) Auch eine Stellvertretung im Willen (vgl. jedoch Köhler Strafantrag S. 64) erscheint nicht unbedingt ausgeschlossen. Hierfür können allerdings die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Vertretung (vgl. BGB. T. I Abschn. 3 Tit. 5 sowie HGB. §§ 49 f. über den Umfang der Vollmacht des Prokuristen) nicht herangezogen werden, weil die Frage auf Grund der Vorschriften des öffentlichen Rechts zu entscheiden ist; RG. II 20. Apr. 80, III 13. Dez. 86, E. 1 387, 15 144. Es fällt aber zunächst ins Gewicht, daß das Strafr. auch sonst derartige Vertretungen kennt; vgl. StPO. §§ 233, 339, 414. Wenn nun auch eine solche Vertretung bei der Stellung des Strafantr. da als statthaft nicht wird angenommen werden können, wo es um Verletzungen sich handelt, die entweder immaterielle sind — wie Beleidigen (RG. I 8. Dez. 90 E. 21 231) — oder unmittelbar gegen die Person gerichtete — wie Körperverletzgen —, so wird eine solche doch für zulässig zu erachten sein, falls die durch das Antragsdel. herbeigeführte Verletzung eine vermögensrechtliche ist; wollte man hier die Möglichkeit dieser Vertretung versagen, so würde man zu praktischen Resultaten gelangen, die im Willen des Gesetzgebers nicht gelegen haben können. So: RG. III 1. Mai 80 E. 2 145 u. das zit. E. 15 144, Geyer 1 208, Lucas S. 204, Frank N. IV 2, Oppenh.-O. § 65 N. 8, v. Schwarze N. 6 und namentl. Bolze GS. 32 440 ff. (der aus dem StGB. die §§ 187, 188, 288, 289, 303 hierher rechnet); man wird sogar mit v. Liszt S. 199 noch weitergehen und die Vertretung im Willen für zulässig erachten können, „soweit die Wahrnehmung der durch das Antragsdelikt verletzten Interessen (insbs. die Vermögensverwaltung) einem Dritten übertragen worden ist", und dann unbedenklich mit Berlin 8. Jan. 79 O. 20 18 auch den Fall des § 123 hierher zu ziehen haben, bezüglich dessen Bolze schwankt; vgl. auch das zit. RG. E. 21 231. AM.: Binding Hb. 1 652, Finger 1 195, H. Meyer S. 312, Rubo N. 6, Holzapfel G. 30 431 ff., Herzog GS. 33 408 und prinzipiell auch das zit. RG. E. 1 387 (vgl. jedoch N. 18).

Eine Vertretung im Willen kann auch kraft Gesetzes stattfinden; RG. III 12. Dez.

Digitized by Google

92, IV 26. Okt. 00, 4. März 02, E. 23 344, 33 433, 35 149 (btr. des im Zwangsversteigerungsverf. bestellten Sequesters bzw. des Konkursverwalters i. d. F. der §§ 289 bzw. 288). So kann namentl. auf Grund des ehel. Güterrechts eine Berechtigung der Ehegatten zur Vertretung in Behinderungsfällen sich ergeben; vgl. Planck BGB. B. IV Abschn. I Tit. 5 N. 1 4.

18) Während praktisch der Fall eines allgemeinen Auftrages zur Stellung von Strafanträgen auf Grund der Entschließung des Antragsberechtigten selbst nicht vorkommt (so mit Recht Holzapfel G. 30 437), so taucht um so häufiger die Frage auf, ob auf Grund einer sog. Generalvollmacht (die das BGB. als solche nicht kennt) gültig ein Strafantr. gestellt werden könne. Abgesehen von den Fällen, in denen der Antragsberechtigte ausnahmsweise Kenntnis von dem Vorliegen eines Antragsdel. erlangt und auf Grund dessen seinem Generalbevollmächtigten den Auftrag zur Stellung des Strafantrages erteilt hat, liegt eine Stellvertretung im Willen vor und ist deshalb die von Fuchs Anklage S. 53 und Nessel Antragsber. S. 53 bejahte Frage, ob auf Grund einer Generalvollmacht als solcher ein Strafantrag wirksam gestellt werden könne, je nach dem Standpunkte zu entscheiden, den man der präjudiziellen in N. 17 erörterten Frage gegenüber einnimmt. Das RG. hat als entscheidend angesehen, ob im einzelnen Falle, namentl. auch mit Rücksicht auf die persönlichen Beziehungen zwischen Täter u. Verletzten (N. 8), angenommen werden könne, es entspreche die Stellung des Strafantr. dem wirklichen Willen des Auftraggebers, was regelmäßig dann zutreffe, wenn dem Bevollmächtigten kraft der ihm erteilten Generalvollmacht Recht und Pflicht zur Verwaltung des Vermögens oder eines Vermögensteiles des Vollmachtgebers und zur Vertretung desselben in allen dieses Vermögen betreffenden Angelegenheiten zustehe; so namentl. die N. 17 zitt. E. 2 145, 15 144, aber auch das dort zit. E. 1 387 trotz prinzipiell abweichender Auffassung (weil nach bestehenden Rechtsgrundsätzen der stillschweigend erklärte Wille dem ausdrücklich erklärten gleichstehe, soweit nicht das positive Recht in einzelnen Fällen das Gegenteil anordne); ferner IV 22. Feb. 89 E. 19 7, einer besonderen Form bedürfe es für die Bevollmächtigung, soweit sie eine das strafrechtl. Gebiet berührende Willensäußerung sei, nicht. Im besonderen ist deshalb unter jener Voraussetzung in der Praxis des RG. zur Antragstellung für berechtigt erachtet:

a. ein mit Vollmacht zur Verwaltung eines Hauses und zum Abschluß sowie zur Kündigung der Mietsverträge versehener Hausverwalter gegen Mieter wg. Verg. gegen § 289; II 7. Dez. 81 N. 3 770;

b. ein Gutsadministrator behufs Herbeiführung der Bestrafung wg. Delikte, die das verwaltete Gut betreffen; IV 14. Nov. 84 N. 6 734 (i. c. die Berechtigg. verneinend);

c. ein Prokurist einer Handelsgesellschaft wegen Verletzung eines derselben zustehenden Urheberrechtes; zit. E. 15 144.

19) Auch die Gegner des in den N. 17 u. 18 eingenommenen Standpunktes verneinen die Befugnis des Generalbevollmächtigten zur Antragstellung nicht unbedingt; so hat schon Fuchs, Anklage S. 54, darauf hingewiesen, daß er aus dem Gesichtspunkte der eigenen Verletzung antragsberechtigt sein könne. Allein nach dem Begriff des „Verletzten" (N. 10) wird das in solchen und ähnlichen Fällen doch nur ausnahmsweise zutreffen können; wenn Berlin 14. Dez. 71 St. 1 115 sogar angenommen hat, daß ein Vater, der für seinen zum Heere einberufenen Sohn — nicht auf Grund einer Vollmacht, sondern nur auf Grund freiwilliger Geschäftsführung oder vermuteter Vollmacht (N. 15 3) — dessen Haus nebst Gastwirtschaft verwaltete, bei Hausfriedensbr. (§ 123 2) und Sachbeschädgg. (§ 303 2) in diesem Hause antragsberechtigt sei, so ist dies zwar bezüglich des letzteren Verg. nicht zu billigen, wohl aber ermöglicht die Natur des Hausfriedensbr., den verwaltenden Vater selbst als den durch die Hdlg. Verletzten anzusehen.

20) Die Antragsberechtgg., als ein höchstpersönliches Recht (N. 17), kann nicht auf die Erben übergehen. So die GM., insbs.: RG. III 9. Juni 84 E. 11 53, Dresden 13. Aug. 75 St. 5 236. AM.: v. Liszt S. 200 N. 14 u. Frank N. v bei Sukzession in das verletzte Rechtsobj., ferner Binding Hb. 1 624 u. Oppenh.-D. § 65 N. 7 bezüglich des NachdrucksG. §§ 27, 28 sowie der nachgebildeten Gesetze vom 9., 10., 11. Jan. 1876; gegen diese jedoch mit Recht Dochow HH. 4 271 und Finger 1 195 N. 261.

Digitized by Google

Ausnahmsweise bewirkt der Tod des Verletzten (Beleidigten) im Falle des § 103 (das. N. 2_3) nicht den Untergang der Antragsberechtgg.; außerdem enthält § 189 einen Anklang an die Vererblichkeit derselben.

Stellung des Antrages; Behörde; Form; Frist. N. 21—37.

21) Da nach der für alle vor die ordentlichen Gerichte gehörenden Strafsachen (EGStPO. § 3) gegebenen Bestimmung der StPO. § 156 der im Abs. 2 das. bezeichnete Antrag nur eine Spezialität des „Antrages auf Strafverfolgung" (Abs. 1) ist, nämlich der bei Hdlgen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, erforderliche Strafantr., so muß der Grundsatz des Abs. 1 insoweit gelten, als er nicht durch die besondere Vorschrift des Abs. 2 aufgehoben ist; Binding Hb. 1 655. Hiernach ist der Strafantrag i. S. des § 61 zu stellen: a. entweder bei der StAschaft (nach Abs. 1 und 2), b. oder bei einem Gericht (nach Abs. 2 in Abänderung des Abs. 1, wonach Strafanträge im allgemeinen nur bei den Amtsgerichten, namentl. also nicht bei den Landgerichten, anzubringen sind), c. oder bei den Behörden und Beamten des Polizei- u. Sicherheitsdienstes; denn es ist nicht notwendig, den Ausdruck „bei einer anderen Behörde" in einem weiteren S. zu verstehen, als wie er dem Abs. 1 entspricht; Binding Hb. 1 657, Oppenh.-D. N. 15, Löwe-H. StPO. § 156 N. 9.

Die MStGO. § 151 unterscheidet hinsichtlich der Anbringung nicht zwischen „Anzeigen strafb. Hdlgen" im allg. und „Anträgen auf Strafverfolgung" im besonderen; während aber Personen des aktiven Soldatenstandes diese „auf dem Dienstwege", Militärbeamte „bei der vorgesetzten Dienstbehörde des Beschuldigten" anzubringen haben, sind für die Anbringung durch Zivilpersonen „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts" für maßgebend, das Anbringen bei der vorgesetzten Dienstbehörde ist jedoch für genügend erklärt.

22) Die konkrete, örtliche und sachliche, Zuständigkeit einer der N. 21_1 bezeichneten Behörden (StAschaft, Gericht, Polizeibehörde) zur Verfolgung der btr. Hdlg. wird nicht erfordert; es kann deshalb z. B. bei dem Amtsanwalt des PreußAmtsgerichts A ein gültiger Strafantr. wegen eines zur örtlichen Zuständigkeit des BayerLandgerichtes B gehörigen Verbr. aus StGB. § 179 gestellt werden. Es ist daher auch die Stellung des Strafantrages zu militärgerichtlichem Protokoll gegen eine der Militärgerichtsbarkeit nicht unterworfene Person wirksam; RG. II 20. Sept. 87 R. 9 446.

Es genügt sonach nunmehr die Anbringung des Strafantr. bei irgendeiner der bezeichneten Behörden und zwar, entsprechend dem Geltungsgebiet der RStPO., des ganzen DR. (Binding Hb. 1 657), während der bei einer ausländischen Behörde gestellte Strafantrag unwirksam ist.

23) Wird der Strafantr. bei einer anderen Behörde, z. B. einer Vergleichsbehörde (Schiedsmann), schriftlich gestellt, so kommt ihm nur Wirkung zu, wenn er innerhalb der Antragsfrist an eine StAschaft, ein Gericht oder eine Behörde bzw. einen Beamten des Polizei- u. Sicherheitsdienstes weiter gegeben wird. So: Binding Hb. 1 658 N. 17, Löwe-H. StPO. § 156 N. 9. Weiter geht noch H. Meyer S. 309.

Insbs. kann hiernach auch wegen der mittels Privatklage zu verfolgenden Beleidggen ein Strafantr. wirksam nicht bei einer von der Landesjustizverwaltung in Gemäßheit der StPO. § 420 bezeichneten Vergleichsbehörde (Schiedsmann) gestellt werden, weshalb der Beleidigte entweder so zeitig, daß er noch innerhalb der Antragsfrist die Privatklage erheben kann (StPO. § 421), an den Schiedsmann sich wenden, oder den Antrag nach StPO. § 156_2 mit dem Bemerken anbringen muß, daß er demnächst die Privatklage erheben wolle. So: H. Meyer S. 309, Oppenh.-D. N. 21, Scherer GS. 31 344, Löwe-H. StPO. § 420 N. 4. AM. Binding Hb. 1 650, die Privatklage sei, falls nicht die StAschaft die öffentl. Klage erhebe, die einzige Form, in welcher der nach §§ 194, 232 erforderliche Strafantr. gestellt werden könne.

24) Daß der einzelne Beamte auch bei der zur Entgegennahme des Strafantr. zuständigen Behörde, der er selbst angehört, den Strafantr. wegen eines ihn persönlich verletzenden Antragsdel. gültig stellen darf, unterliegt keinem Bedenken. In solchem Falle kann nur in Frage kommen, wie weit er selbst auf einen solchen Antrag zu verfügen befugt ist.

Digitized by Google

Aber auch dann, wenn die btr. Behörde selbst antragsberechtigt ist, kann von ihr bzw. ihrem Vertreter (N. 14) der Strafantr. gültig bei ihr selbst gestellt werden; daß eine staatsanwaltschaftliche Behörde oder eine solche des Polizei- u. Sicherheitsdienstes zur Ausübung ihrer Dienstverrichtungen unfähig sei, wenn sie selbst als Verletzte erscheint, ist nicht — namentl. nicht in der StPO. — vorgeschrieben; RG. I 16. Juni 81 E. 4 264 btr. eines seitens des Ersten StA. wegen Beleidgg. der StAschaft (bzw. seiner selbst) gestellten Antrages, Binding Hb. 1 657 N. 16. Ein Gericht aber ist als solches nicht einmal von der Urteilsfällung über eine ihm zugefügte Beleidgg. ausgeschlossen, sondern nur dann auf Grund der StPO. § 22[1] mittelbar, wenn die Richter, als selbst durch die strafb. Hdlg. Verletzte, von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen sind; vgl.: Löwe-H. StPO. Buch I Abschn. 3 N. 3a, b, Stenglein StPO. § 22 N. 6 sowie RG. II 24. Okt. 93 E. 24 342. Ein Strafantr. wegen Beleidgg. eines Gerichtes kann deshalb bei diesem selbst gültig gestellt werden.

25a) Auch die äußere Form des Strafantr. bestimmt fürs bürgerliche Recht StPO. § 156, und zwar in der Weise, daß dessen Gültigkeit von der Wahrung der Form bedingt wird.

Die vorgeschriebene Form ist entweder die schriftliche (N. 26) oder die protokollarische (N. 27).

Die schriftliche Form ist stets ausreichend, die protokollarische genügt nur, wenn der Strafantr. bei der StAschaft oder bei Gericht angebracht wird. Bei den Behörden und Beamten des Polizei- u. Sicherheitsdienstes muß er sonach stets schriftlich gestellt werden, selbst dann, wenn der btr. Beamte „Hilfsbeamter der StAschaft" i. S. des GVG. § 153 ist; RG. II 23. Nov. 80 E. 3 55, Binding Hb. 1 658 N. 20. Übrigens ist ein Antrag, der bei einer anderen Behörde gestellt (N. 23) und von dieser im Auftrage des Antragstellers an die StAschaft 2c. weiter gereicht wird, eben bei dieser — der StAschaft — selbst angebracht; RG. I 30. Jan. 88 N. 10 90 (btr. eine schriftliche, vor einem Schiedsmanne abgegebene Erklärung).

Diese Vorschriften beziehen sich nicht auf die Form des Auftrages (N. 15,) zur Erklärung des Strafantr.

b) Fürs Militärstrafrecht gibt MStGO. § 152 die Vorschrift dahin, daß der Strafantrag „aktenkundig" gemacht werden „muß". Trotz des Gebrauches dieses letzteren Wortes ist anzunehmen, daß es nur um eine instruktionelle Vorschrift sich handele (so auch die Begründung des Entw. einer MStGO. zu § 145 des Entw.), da unmöglich die Rechte des Antragstellers von der nicht in seiner Hand liegenden Befolgung jener Vorschrift abhängig gemacht sein können.

26) Die „schriftliche" Form bedingt nicht, daß der Strafantr. seinem ganzen Inhalte nach vom Antragsteller geschrieben sei; jedoch erfordert die „Schrift" hier, wo es um eine „dispositive Urkunde" sich handelt, ihrem Wesen nach eine Unterschrift; RG. III 2. Feb. 81 N. 3 3, II 29. März 81 E. 3 442, I 5. Jan. 82 N. 4 17; vgl. jedoch IV 9. März 88 E. 17 256, das für den Begriff der schriftlichen Einlegung des Rechtsmittels die Unterschrift nicht für unbedingt erforderlich erklärt und zwar aus Gründen, die für den Fall des Strafantrages gleichermaßen zutreffen würden. Daraus folgt aber nicht, daß die Unterschrift in dem geschriebenen Namen des Ausstellers bestehen müsse, vielmehr ist ihr jedes andere Zeichen gleich zu achten, das, wie z. B. Unterkreuzung oder Stempelung geeignet ist, für sich allein, oder i. V. mit dem Inhalt des Schriftstückes zum Ausdruck zu bringen, daß der letztere dem Willen des Ausstellers entspricht; so: zit. RG. E. 3 442 (allgemein) sowie II 6. Mai 81 N. 3 281 (btr. Unterkreuzung seitens eines Analphabeten), Binding Hb. 1 659. So wird auch ein von einer Firma gestellter Antrag (N. 14) nicht notwendig mit der vollen Firma gezeichnet zu sein brauchen. Dagegen ist ein vom Antragsteller geschriebener Strafantr. ungültig, wenn ihm die Unterschrift im eben bezeichneten S. fehlt; ihre Nachholung ist nur innerhalb der Antragsfrist (N. 28) wirksam; zit. RG. E. 3 442. Nicht erforderlich ist dagegen, daß dem Gerichte bzw. der StAschaft die Urschrift des Antrages mit der eigenhändigen Unterschrift des Antragstellers vorliege; es kann die Abschrift,

Digitized by Google

z. B. des von einem Beamten bei seiner vorgesetzten Dienstbehörde eingereichten Antrages, als schriftl. Antrag angesehen werden; RG. III 3. Juli 90 G. 38 337.

Ein mittels Telegramms gestellter Strafantrag ist als ein schriftlicher anzusehen; RG. I 16. Okt. 84 N. 6 624 (auf Grund des in RG. BStG. 6. März 83 E. 8 92 ausgesprochenen Prinzips, daß das „im Texte und in der Unterschrift mit der Aufgabedepesche übereinstimmende am Ankunftsort derselben ausgefertigte Telegramm als eine vom Aufgeber unter Benutzung des Telegraphen selbst ge- u. unterschriebene Urk. anzusehen sei"; § 267 N. 41 a).

Hiernach ist es nicht nur zulässig, daß ein Dritter — namentl. ein Polizeibeamter — bei Aufsetzung des Strafantr. mitwirkte, sondern auch, daß er ihn sogar in Form eines Protokolls niederschrieb, wenn nur der Antragsberechtigte das Schriftstück mit seiner Unterschrift bzw. Kreuzen 2c. entweder selbst versah (RG. I 28. Juni 80 E. 2 253, III 2. Feb., 5. März 81, IV 14. Nov. 84, N. 3 3, 115, 6 734), oder, was dem gleichsteht, durch einen anderen, wenn auch nur kraft mündlichen Auftrags (N. 15_3) versehen ließ (RG. II 24. Feb. 82 E. 6 69, 3. Feb. 88 N. 10 92, Binding Hb. 1 659). Dieses gilt selbst für den Fall, daß der Berechtigte ein Blankett unterschrieb, weil es rechtlich gleichgültig ist, ob einer Urk. die Unterschrift schon vor oder erst nach ihrer vollständigen Abfassung beigesetzt wird, und ob der Beteiligte selbst oder durch einen hierzu Beauftragten den Inhalt der von ihm bereits unterschriebenen Urk. hineinsetzt; RG. I 28. Juni 80 E. 2 125, Binding Hb. 1 658 N. 21.

Darauf kommt also nichts an, daß der schriftliche Antrag bereits fertig vorliegend der btr. Behörde eingereicht werde; auf ein solches Erfordernis deutet auch in keiner Weise der StPO. § 156 (ebenso MStGO. § 151) vorkommende Ausdruck „Anbringung", der vielmehr gleichmäßig von beiden Formen des Strafantr. gebraucht ist; so zit. RG. E. 2 125.

27) Der „zu Protokoll" angebrachte Antrag erfordert zu seiner Form nicht mehr, als wie aus der Natur eines Protokolles mit Notwendigkeit sich ergibt, da StPO. § 156 näheres über dessen Form nicht vorschreibt. Demgemäß liegt ein gültiger protokollarischer Antrag schon dann vor, wenn ein Beamter des Gerichts oder der StAschaft, der überhaupt zur Annahme von Anträgen befugt ist, jenen aufgenommen hat, mag solches auch in der Form der sog. Registratur geschehen sein; RG. III 30. Apr. 82 E. 12 173. Der Unterschrift des Antragsberechtigten bedarf es nicht; RG. I 28. Juni 80 E. 2 253 sowie das zit. E. 12 173, das auch die Notwendigkeit einer Verlesung verneint.

28) Der Antrag ist „binnen drei Monaten" zu stellen. Selbstverständlich ist diese Frist (N. 53 ff.), wie die Motive bemerken, nach dem Kalender zu berechnen; denn es würde einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfen, wenn der Monat zu einer bestimmten Anzahl von Tagen — etwa dreißig — gerechnet werden sollte; § 19_1.

Von der Vorschrift der dreimonatigen Dauer der Frist bilden die §§ 198 u. 232_3 bzw. StPO. § 428_1 ausdrückliche Ausnahmen und zwar nach beiden Richtungen hin, indem die Frist auf Grund der dort gegebenen Vorschriften je nach Umständen verkürzt oder verlängert werden kann; Dresden 6. Okt. 71 St. 1 173. Ebenso enthält SeemannsO. § 96_4 („bis zur Abmusterung") eine Ausnahme. Auch in Landesgesetzen können Ausnahmen vorkommen.

29) Die Frist „beginnt mit dem Tage, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Täters Kenntnis gehabt hat". Es kann nach dieser Wortfassung nicht zweifelhaft sein und wird durch die Motive zu § 67 (Entw. II § 65) bestätigt, daß der Tag der Kenntnisnahme den ersten Tag der Antragsfrist bildet und daß diese „mit dem Beginne des dem Anfange — der Antragsfrist — entsprechenden Kalendertages ihr Ende erreicht". Erlangt sonach der Verletzte z. B. am 1. Jan. die näher bezeichnete Kenntnis, so entspricht der 1. Apr. diesem Tage und läuft deshalb die Frist ab mit dem Beginne des 1. Apr. (oder mit Mitternacht vor dem die gleiche Zahl tragenden Tage des dritten Monats; München 15. Feb. 78 St. 8 81, Binding Hb. 1 642 N. 12). Daß „mit dem Anfange des letzten Tages der dreimonatigen Frist diese letztere" ablaufe, ist eine falsche Folgerung von Rubo N. 10 (vgl. das Nähere in der entsprechenden N. der 5. Aufl. des Kommentars). So die GM., insbs.: RG. I 22. Dez. 79 E. 1 40, III 16. Nov. 81 N. 3 716; vgl. auch Dresden OLG. 14. Feb. 01 SächsA. 22 290, auch jetzt sei § 61 nur aus sich selbst, nicht aus BGB. §§ 186—193 zu verstehen.

Digitized by Google

Vgl. übrigens die entsprechend auch hier geltenden Ausführungen zu § 19 N. 2, 3.

Obschon die Frist mit dem bezeichneten Tage beginnt, so ist dadurch die Gültigkeit eines vorher gestellten Antrages keineswegs ausgeschlossen; die Bedeutung der Vorschrift geht nur dahin, daß mit Ablauf der Frist das Antragsrecht erlischt; vgl. N. 41.

30) Maßgebend ist die — in dieser seiner Eigenschaft erlangte — Kenntnis „des zum Antrage Berechtigten"; darunter ist nur der Verletzte (bzw. der, den das Gesetz ausdrücklich als antragsberechtigt bezeichnet; N. 13) sowie derjenige zu verstehen, der kraft Gesetzes (vgl. § 65, insbs. N. 19) das Antragsr. für ihn oder neben ihm ausübt; RG. II 24. März 82 E. 6 119 (die Kenntnis des Generalbevollmächtigten sei deshalb für gleichgültig zu erachten), IV 17. Nov. 03 E. 36 413 (btr. WarenzeichenschutzG., die Antragsfrist des bestellten Vertreters beginne vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Zeicheninhabers), Binding Hb. 1 642, Geyer 1 209.

31) Wenn das StGB. die Frist „mit dem Tage, seit welchem der ... Berechtigte ... Kenntnis gehabt hat" beginnen läßt, so scheint durch diese vom Entw. abweichende Fassung („an welchen der Berechtigte Kenntnis erhalten hat") angedeutet zu werden, daß die Frist erst dann zu laufen beginne, wenn die Kenntnisnahme vollendet ist, was an einem bestimmten Tage stattfindet, während das „Kenntnis erhalten" über mehrere Tage sich erstrecken kann.

Die Vollendung der Kenntnisnahme bedingt, daß der Verletzte die Kenntnis erlangt hat, während die bloße Möglichkeit, die Kenntnis sich zu verschaffen, nicht genügt; RG. IV 15. Feb. 95 E. 27 34 (btr. der „Person des Täters"), III 2. Dez. 97 E. 46 38 (btr. der „Handlung").

32) Der Begriff der „Kenntnis" (vgl. § 46 N. 25) bedarf nach zwei Richtungen der Abgrenzung; er kann einerseits nicht mit der vollen Überzeugung und der Wissenschaft aller Einzelheiten, andererseits nicht mit einer bloßen Vermutung oder einem Verdachte gleichgestellt werden. Man wird vielmehr unter „Kenntnis" eine dem Bewußtsein des Verletzten unterbreitete tatsächliche Unterlage verstehen müssen, welche zu einem Schlusse auf die Tat in ihren wesentlichen Beziehungen, insbs. auch als eine Tat, deren Verfolgung von dem Antrage des Berechtigten abhängt, sowie zu einem Schlusse auf die Person des Täters berechtigt; RG. I 7. Feb. 84 E. 10 141, Binding Hb. 1 643, Finger 1 198, Oppenh.-D. N. 28, Nessel Antragsber. S. 42, Lehmann Strafantr. S. 29. Ob eine solche Kenntnis vorgelegen habe, unterliegt der richterlichen Beurteilung, während das Ermessen des Verletzten selbst nicht entscheidend ist; Berlin 15. Dez. 74 St. 4 260. Vgl. auch § 46 N. 25.

33) Die — vollendete (N. 31) — Kenntnisnahme von der „Handlung" bedingt auf seiten des Antragsberechtigten die Kenntnis (in dem N. 32 erläuterten S.) von dem gesamten Tatbestande, abgesehen von der „Person des Täters" (N. 36). Sonach genügt die Kenntnis von dem sog. objektiven Tatbestande nicht, vielmehr muß die, wenn auch nur durch Schlußfolgerung zu gewinnende, Kenntnis des sog. subjektiven Tatbestandes hinzukommen, damit der Antragsberechtigte die strafb. Hdlg. als solche, als eine ihn verletzende erkenne; RG. III 18. Feb. 82 E. 6 47, IV 5. Mai 91 E. 39 217 (beide btr. § 301), Berlin 4. März 75 O. 16 193, Binding Hb. 1 643, Finger 1 198. Demgemäß ist in der Praxis das Vorliegen der „Kenntnis" mit Recht angenommen:

a. im Falle einer Beleidgg. (§ 185) erst von dem Zeitpunkte, an dem der Beleidigte von dem Inhalt der beleidigenden Äußerung (im Gegensatz zur bloßen Mitteilung einer vorgefallenen „Beleidigg.") Kenntnis erlangte; RG. III 2. Dez. 97 E. 46 38; bzw. erfuhr, daß die ihm schon früher bekannt gewordene Kundgebung gegen ihn selbst gerichtet sei; Berlin 4. März 75 St. 5 51;

b. im Falle des § 301 erst dann, als dem antragsberechtigten Minderjährigen zum Bewußtsein gekommen, daß eine Ausnutzung seines Leichtsinns o. seiner Unerfahrenheit in gewinnsüchtiger Absicht vorliege; zit. RG. E. 6 47, München 19. Feb. 76 St. 6 29.

Gehört ein Erfolg zu den Tatbestandsmerkmalen, so muß der Antragsberechtigte auch von diesem Kenntnis erlangt haben; es folgt solches schon aus den obigen Ausfüh-

Digitized by Google

rungen über den Begriff der Handlung i. S. des S. 2 des § 61, ferner auch daraus, daß gerade der Erfolg der strafb. Willensbetätigung ein für die Frage der Antragstellung wichtiges Moment ist; Frank N. VIII 1, Oppenh.-D. N. 29. Falls dagegen der Eintritt eines Erfolges für den Tatbestand nicht wesentlich ist, kommt es auf dessen Kenntnis seitens des Antragsberechtigten nur insoweit an, als dadurch erst das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes in sein Bewußtsein tritt; RG. III 4. Mai 81 N. 3 270 btr. § 288.

Steht die Hdlg. eines Anstifters (§ 48) oder Gehilfen (§ 49) in Frage, so ist zum Beginn der Antragsfrist die Kenntnis von der Haupttat erforderlich, mag danach auch der Antrag erst später als drei Monate nach Abschluß der Anstifter- o. Gehilfentätigkeit gestellt werden können; RG. II 30. Jan. 94 E. 25 106.

34) Besteht eine und dieselbe „Handlung" aus mehreren Einzelakten, so kann die Kenntnis von ihr erst dann vorliegen, wenn der letzte Akt zur Kenntnis der Antragsberechtigten kam. Dsgl. kann die Kenntnis bei den sog. Dauer- und den sog. Kollektivdelikten (§ 73 N. 5 c, d) erst mit dem Aufhören des strafb. Zustandes bzw. der strafb. Tätigkeit beginnen; Binding Hb. 1 631, Oppenh.-D. § 236 N. 9, Rüd.-St. N. 26.

Ebenso verhält es sich endlich beim sog. fortgesetzten Verbr. (§ 73 N. 6 ff.); denn wenn dieses auch aus einer Reihe einzelner Hdlgen sich zusammensetzt, deren jede den Tatbestand des V. erfüllt, so ist doch nach dem Begriffe der „Handlung", der das den Gegenstand des Strafantrages bildende historische Vorkommnis in seiner Gesamtheit bezeichnet, die „Gesamtheit der Einzelhdlgen" die Hdlg. i. S. des § 61, von deren Kenntnis der Lauf der Antragsfrist beginnt; zu ihr gehört aber die letzte der Einzelhdlgen; deshalb ist deren Kenntnis seitens des Antragsberechtigten entscheidend, nicht die frühere Kenntnis älterer Einzelhdlgen. So: RG. IV 18. März 87, 4. Feb. 90, E. 15 370, 20 226, Binding Hb. 1 361, Frank N. VIII 2, Rüd.-St. N. 26, Bünger ZStrW. 8 672, Köhler Strafantrag S. 79. AM.: RG. III 29. Jan. 81 E. 3 326 (vgl. jedoch das § 67 N. 14 c zit. E. 10 203, aus dem ein Aufgeben der früheren Ansicht zu folgern ist), Geyer 1 209.

Anders dagegen, wenn mehrere selbständige, über einen längeren Zeitraum sich ausdehnende, gleichartige strafb. Hdlgen (§ 74), z. B. Mißhandlungen o. Beleidigungen, in Frage stehen; RG. III 7. Dez. 81 E. 5 190, Berlin 10. Jan. 79 G. 27 107.

35) Die Antragsfrist beginnt zu laufen, ohne Rücksicht darauf, ob der Verletzte die Hdlg. für strafbar hielt oder nicht; denn das Gesetz stellt keineswegs das Erfordernis der Kenntnis von der juristischen Natur der Hdlg. auf. Noch weniger kommt es deshalb darauf an, ob er sie für ein Offizialdelikt hielt.

36) Die — vollendete (N. 31) — Kenntnisnahme von der „Person des Täters" (vgl. wegen „Täter" § 63 N. 2) ist die von der Täterschaft einer der strafverfolgenden Behörde individuell erkennbar zu machenden Person, während das bloße Ansichtigwerden des Täters nicht genügt; Berlin 6. Juni 74 O. 15 372. Hat der Verletzte aber eine solche Kenntnis erlangt, so ist das Wissen des Namens des Täters nicht erforderlich (RG. IV 15. Feb. 95 E. 27 34), gleichwie auch ein Irrtum über den Stand, die Familienangehörigkeit 2c. des Täters unerheblich ist.

37) Die Strafverfolgung ist nur statthaft, wenn die Innehaltung der Frist feststeht; der Strafantrag ist eine Prozeßvoraussetzung (N. 1 3) und ihr Vorliegen muß nachgewiesen sein; München 26. Juni 74 St. 4 104, Binding Hb. 1 645, Frank N. VIII 7, Oppenh.-D. N. 33. So auch RG. I 15. Jan., III 2. Feb. 85, E. 11 397, 12 34, das jedoch zutreffend ausführt, die Frage der Rechtzeitigkeit des Strafantr. sei nicht nach den für die Urteilsfindung maßgebenden Normen des Hauptverfahrens, sondern nach freiem richterlichen Ermessen von Amts wegen zu prüfen, so daß es nur darauf ankomme, ob der Strafantr. in Wirklichkeit als rechtzeitig erbracht anzusehen sei; dies könne auf Grund der für glaubwürdig erachteten Erklärung des Antragsberechtigten geschehen. Von einer Beweislast des Antragsberechtigten hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des Strafantr. kann man nicht sprechen; so: H. Meyer S. 309, Frank aO., Köhler Strafantrag S. 134 N. 3; aM.: Klebs G. 19 576, Freudenstein Ehrenkr. S. 103. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit erheblichen Tatsachen wesentlich von ihm

Digitized by Google

werden beigebracht werden müssen, wenn nicht die Strafverfolgung wegen mangelnder Aufklärung über diesen Punkt unterbleiben soll.

Inhalt des Strafantrages; Bedingungen 2c.; Folgen; Verzicht 2c. N. 38—49.

38) Der Inhalt des Antrages braucht lediglich den Willen des Antragsberechtigten zum Ausdruck zu bringen, daß eine bestimmt bezeichnete Hdlg. strafrechtlich verfolgt werde; RG. III 9. März 81, 29. Okt. 88, N. 3 130, 10 606, RMG. II 27. Sept. 01, I 16. Apr. 03, E. 2 6, 5 54. Demgemäß hat RG. angenommen, daß der Antrag, „kriminal-poliz. Erörterungen anzustellen, um den Täter kennen zu lernen", selbst wenn durch Beifügung der Worte „um dann gegen denselben den Strafantr. zu stellen" die Richtung des Antrages gegen eine bestimmte Person vorläufig offengelassen war (III 30. Apr. 85 E. 12 173), dsgl. ein in der Fassung des „Anheimgebens ev. Verfolgung" an die StAschaft gerichtetes Ersuchen um solche (I 23. Sept. 89 E. 19 378) ein Strafantr. sei. Wenn auch zu einem Antrage auf Strafverfolgung die Absicht, eine Bestrafung herbeizuführen, nicht wesentlich ist (vgl. das N. 46 zit. RG. E. 3 89 aE.), so schließt doch umgekehrt ein auf „Bestrafung" gerichteter Antrag, den Strafverfolgungsantrag in sich; vgl. das zit. RG. N. 10 606.

Ob eine solche Willensäußerung in einer bloßen Anzeige der Straftat, insbs. in Verbindung mit der Bitte „das Weitere zu veranlassen", enthalten sei, ist Tatfrage. So: RG. III 17. Apr. 80, 5. März 81, N. 1 614, 3 115, Berlin 5. Mai 76 O. 17 253. Vgl. auch die kasuist. Ausführungen bei Lehmann Strafantr. S. 30 ff.

Unbedingt liegt in der Erhebung der Privatklage die Stellung eines Strafantr. und zwar durch Einreichung einer Schrift beim Amtsgericht gemäß StPO. § 156_2 (N. 21); RG. II 20. Apr. 83 E. 8 207, Binding Hb. 1 649, Finger 1 201 N. 276, H. Meyer S. 309, Frank N. VI 1, Oppenh.-O. N. 21, Löwe-H. StPO. § 417 N. 3. Deshalb kann die StAschaft auf Grund einer Privatklage selbst dann die Verfolgung übernehmen, wenn jene wegen mangelnden Sühneattestes (StPO. § 420) zurückzuweisen sein sollte; RG. II 4. März 81 E. 3 373. Auch im Anschlusse als Nebenkläger ist im Zweifel die Stellung eines Strafantrages zu sehen, was RG. III 18. Nov. 89 G. 37 427 sowie zit. N. 10 606 mit Recht selbst da annehmen, wo der Anschluß ausdrücklich nur zur Verfolgung des Bußanspruches erklärt war; denn die Verurteilung zur Buße hat die Bestrafung zur Voraussetzung.

Dagegen ist in der Anstellung der öffentlichen Klage durch die StAschaft, falls gegen diese, sei es allein oder in Gemeinschaft mit anderen Behörden, ein Antragsdel. verübt ist, kein Strafantrag zu erblicken, weil bei dieser Ausübung einer Amtspflicht die Absicht, den Antrag als Verletzter zu stellen, ausgeschlossen erscheint (s. jedoch N. 24); RHG. 18. Juni 75 Entsch. 18 123. Ebensowenig eine bloße Ermächtigung, weil in ihr ein positiver, auf strafr. Verfolgung gerichteter Wille nicht zum Ausdruck gelangt ist (§ 99 N. 3b); H. Meyer S. 309 N. 55.

Da der auf Strafverfolgung gerichtete Wille das Entscheidende ist, so erhellt die Unwirksamkeit eines formell gültig gestellten Strafantrages, sobald der Nachweis geführt wird, daß der Wille des Erklärenden nicht auf Strafverfolgung gerichtet gewesen war; RG. I 3. Nov. 92 E. 23 273. Eben deshalb enthält auch die Strafanzeige, die jemand als Bevollmächtigter eines anderen erstattet, nicht notwendig einen Strafantrag im eigenen Namen, falls mit der angezeigten Hdlg. (z. B. WarenzeichenschutzG. § 14) ein den Bevollmächtigten verletzendes Antragsdelikt (z. B. § 16 desf. G.) ideell konkurriert; RG. II 28. Dez. 00 E. 34 70.

39) Die „Handlung", deren strafrechtliche Verfolgung durch Stellung des Antrages bezweckt wird, braucht nach dem N. 35 Bemerkten seitens des Antragstellers in keiner Weise rechtlich gekennzeichnet zu werden. Deshalb ist auch eine nur einseitige (die strafb. Handlung nicht nach allen Richtungen erschöpfende) oder eine unrichtige rechtliche Kennzeichnung gleichgültig; RG. II 2. Nov. 80 N. 2 432 (Antrag seitens eines Gerichtsvollziehers wg. „tätlichen Widerstandes", Bestrafung wg. „Mißhdlg."), III 8. Okt. 81, I 6. Juni 98, E. 5 97, 31 168 (Antrag wg. „vorsätzlicher", Bestrafung wg. „fahrl." Körperverletzg.), III 22. Apr. 82 E. 6 309 (Antrag wg. „Sachbeschädgg." begangen durch Zwischenhalten eines

Digitized by Google

Stockes zwischen die Speichen eines Fahrrades, Bestrafung wg. „fahrl. Körperverltzg."; s. u. N. 40), I 2. Juli 96 E. 29 58 (Antrag wg. „Sachbeschädgg.", Bestrafung wg. „Beleidgg.").

Auch eine solche rechtliche Bezeichnung der strafbaren Hdlg., welche diese als Offizialdelikt ansieht, beeinträchtigt die Wirkung der auf Strafverfolgung gerichteten Willenserklärung des Antragsberechtigten nicht; RG. III 9. März 81 N. 3 130 (eine Beleidgg. aus § 185 war als Verg. aus § 131 aufgefaßt). Es kann deshalb auf Grund eines wg. schweren Diebst. (§ 243[2]) gestellten Antrages Bestrafung wg. Mundraubes (§ 370[5]) u. damit verbundenen Hausfriedensbr. (§ 123) erfolgen.

40) Zutreffend ist ausgeführt worden, daß dem Begriffe der „Handlung" im § 61 dieselbe Bedeutung und derselbe Umfang beigelegt werden müsse, wie sie nach den Prozeßgesetzen der zum Gegenstande der Untersuchung und des Urteils gemachten „Tat" (StPO. §§ 153, 263) beiwohnen; vgl. RG. II 16. Sept. 87 N. 9 430 (Identität der Tat — Beleidgg. — trotzdem der Eröffnungsbeschluß den unterstellten Beamten des Antragstellers [§ 196] als Beleidigten ansah, nach dem Ergebnis der Hauptvhdlg. aber dieser selbst beleidigt war) sowie wegen Erstreckung des Handlungsbegriffes bei Teilnahme u. Begünstggshdlgen § 63 N. 5c. Demgemäß muß es genügen, wenn der Antragsberechtigte die Bestrafung der Hdlg. als solcher, d. h. der gegen ihn verübten Rechtsverletzung, in ihrer objektiven Gestalt in Antrag bringt; RG. III 8. Okt., 17. Dez. 81, E. 5 97, 268. Von diesem Standpunkt aus hat das N. 39 zit. RG. E. 6 309 die Identität der zur Aburteilung gelangten Tat mit derjenigen, wegen welcher der Strafantr. gestellt war, bejaht, indem erwogen wurde, daß Gegenstand des Antrages nur eine „schuldhafte Hdlg." sein könne, deren Wirkung auch die Körperverltzg. gewesen sei, während die vom Antragsteller ausdrücklich hervorgehobene weitere Wirkung — die Beschdgg. von Sachen — für ihn lediglich das Motiv zur Antragstellung bildete; (aM. jedoch Binding Hb. 1 636 N. 13 u. H. Meyer S. 310, es müsse die konkrete Tat allerdings nach denjenigen Beziehungen bezeichnet werden, welche für ihre Eigenschaft als Antragsdel. wesentlich erschienen), andererseits aber RG. III 17. Jan. 95 E. 26 373 verneint, daß der gegen eine bestimmte Person wg. Beleidgg. durch die Presse gestellte Strafantrag dem Beschuldigten gegenüber rechtswirksam sei, wenn dieser zwar anderweit eine gleiche Kundgebung veröffentlicht hat, für das in dem Antrage bezeichnete Preßerzeugnis aber strafrechtlich nicht verantwortlich ist.

Zur hinreichenden Bezeichnung der „Handlung" genügt hiernach bei der Beleidgg. durch ein Preßerzeugnis lediglich die Angabe eines bestimmten Satzes desselben; RG. I 27. Apr. 82 E. 6 212. Enthält aber ein Schriftstück o. Preßerzeugnis mehrere selbständige Beleidigungen, was nach der überwiegenden Ansicht möglich (vgl. § 73 N. 19 II c a), so kann der Strafantr. auf einzelne Teile des Inhalts beschränkt werden, derartig, daß dann die Verfolgung wegen des sonstigen Inhalts ausgeschlossen ist (RG. IV 21. Mai 86 N. 8 377), während andererseits der Antrag auf Bestrafung wg. „der in einem Schriftstücke enthaltenen Beleidigen" zur Prüfung des gesamten Inhaltes verpflichtet, übrigens der erforderlichen Individualisierung der Hdlg. nicht entbehrt (RG. I 20. Feb. 93 E. 23 12).

Hiermit hängt es zusammen, daß bei Aburteilung von Antragsdelikten der richterl. Entscheidung durch die Strafanträge nicht dergestalt zeitliche Grenzen gesetzt sind, daß spätere Vorgänge notwendig außer Betracht bleiben müssen; vielmehr sind, wenn eine einheitliche fortgesetzte strafb. Hdlg. (§ 73 N. 9) vorliegt, auch die in die Zeit nach der Antragstllg. fallenden Akte der Aburteilung unterworfen (vgl. § 63 N. 5c); RG. II 23. Jan. 00 G. 47 157.

41) Läßt der Strafantr. die zu verfolgende „Handlung" als solche (N. 40) erkennen, so bedarf es der Benennung oder der Bezeichnung der zu verfolgenden Person nicht (vgl. jedoch wegen relativer Antragsverg. N. 43); so: RG. III 26. Feb., 17. Dez. 81, R 3 84, E. 5 268, I 27. Apr. 82 E. 6 212, IV 26. Jan. 87 N. 9 95; aM. Merkel S. 241, der A. sei gg. eine bestimmte Person zu richten. Deshalb verliert auch ein, nicht unter Namhaftmachung einer bestimmten Person gestellter Strafantr. durch die vom Antragsteller betonte Unbestimmtheit des zu verfolgenden Täters nichts von seiner Wirksamkeit; das N. 38_1 zit. RG. E. 12 173. Demnach kann auch der Strafantr. gültig bereits dann gestellt werden,

Digitized by Google

d. h. die Antragstellungs**möglichkeit** ist vorhanden, wenn der Verletzte von der Person des Täters noch keine Kenntnis hat, folglich der Lauf der Antragsfrist noch nicht begonnen hat (N. 29, 36); RG. III 17. Apr. 80 N. 1 614, Binding Hb. 1 655, Finger 1 198 N. 271, Frank N. VIII, Reber Antragsbel. S. 459, Köhler Strafantrag S. 87.

42) Aus dem N. 41 Bemerkten folgt, daß ein Strafantr. entweder, wie gewöhnlich, gegen eine **bestimmte Person** oder **generell** gestellt sein kann.

Ist der Strafantrag gegen eine **bestimmte Person** gerichtet (was auch der Fall, wenn er gg. eine „Firma" geht, da damit deren Inhaber bezeichnet werden; RG. I 22. Jan. 94 E. 42 38), so kann das in dem Sinne geschehen sein, die Strafverfolgung solle nur unter der **Bedingung** eintreten, daß die bezeichnete Person der Täter sei. Von diesem Falle (wegen dessen N. 45a zu vgl.) abgesehen, kommt zunächst § 63 (das. N. 1) in Betracht; sollte sich aber auch herausstellen, daß die im Antrage bezeichnete bestimmte Person an der fraglichen Hdlg. schuldhaft **nicht** beteiligt ist, so ist der Strafantr. deshalb dennoch, weil eben die „Handlung" seinen Gegenstand bildet, zur strafrechtl. Verfolgung **gegen alle, welche die Handlung als Täter oder Teilnehmer zu vertreten haben**, hinreichend. So: RG. III 17. Dez. 81 E. 5 268 (auf den wegen einer Patentverletzung gegen A, als vermeintlichen Täter, gestellten Antrag sei bei Identität der Tat der Auftraggeber B verfolgbar), II 19. Sept. 82 E. 7 35 (auf Grund eines gegen den unbeteiligten Ehemann gestellten Antrages aus § 289 könne gegen die Ehefrau wegen eines strafb. zugunsten ihres Ehemannes begangenen Eigennutzes eingeschritten werden), III 28. März 85 N. 7 201, Binding Hb. 1 637 N. 2, Oppenh.-D. N. 18, Hilppner GS. 38 385. AM. Berlin 8. Jan. 73 St. 2 215.

43) Für Beurteilung der **Tragweite** eines Strafantr. hinsichtlich **der davon betroffenen Personen** ist im übrigen zwischen den **absoluten** und den **relativen** Antragsdel. (N. 8) zu unterscheiden; das besondere persönliche Verhältnis zwischen Verletztem und Täter, wodurch das Antragserfordernis bei den letzteren bedingt ist, rechtfertigt eine abweichende Behandlung; RG. III 17. Dez. 81 E. 5 268. Freilich wird man nicht soweit gehen dürfen, daß man dem Täter gegenüber, der in dem fraglichen persönlichen Verhältnisse steht, einen sog. **generellen** Strafantr. (N. 42) für unbedingt unwirksam zu erachten habe (so jedoch: Rüd.-St. N. 24, Nessel Antragsber. S. 40); allein es kann doch nur dann auf Grund eines solchen Antrages gegen derartige Täter eingeschritten werden, wenn der Strafantr. den klaren Willensausdruck enthält, daß die Hdlg. **unter allen Umständen oder gegen jedermann** verfolgt werden solle; Binding Hb. 1 655 N. 1, Finger 1 197, Lucas S. 215, Frank N. VI 3 b, Reber Antragsdel. S. 461, Lehmann Strafantr. S. 32, Köhler Strafantr. S. 88. Hiervon abgesehen ist die Bezeichnung des Täters bei den relativen Antragsverg. allerdings eine Notwendigkeit; RG. III 6. Dez. 86 N. 8 726, I 8. März 94 E. 25 176 (vgl. zu letzterem I 6. Juni 98 E. 31 168).

44) Für die Beurteilung der Wirksamkeit von **Zusätzen**, die einem Strafantr. beigefügt werden, sind zwei Gesichtspunkte von Bedeutung.

Zunächst folgt daraus, daß der Strafantr. materiell nichts anderes als der Ausdruck des auf Strafverfolgung gerichteten Willens ist (N. 38), daß nur dann das Vorliegen eines rechtswirksamen Strafantrages zu verneinen, wenn dem Antrage solche Zusätze hinzugefügt sind, die erkennen lassen, daß der Antragsteller, falls ihnen nicht entsprochen werden sollte, die Herbeiführung der Verfolgung überhaupt nicht beabsichtigte; RG. III 1. Apr. 82 E. 6 152.

Ferner aber ergibt sich daraus, daß das StGB. die Stellung des Strafantr. an eine bestimmte Frist bindet, daß bereits innerhalb dieser Frist gewiß sein muß, ob der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch mache. Damit vertragen solche Zusätze, welche dieses im Ungewissen lassen, sich nicht; sie sind daher unwirksam; RG. II 16. Apr. 86 E. 14 96.

Hieraus sind im einzelnen die Folgerungen für die Bedingungen (N. 45), Vorbehalte (N. 46) und Beschränkungen (N. 47) zu ziehen.

45) Während bloße **Scheinbedingungen**, weil sie den auf Strafverfolgung gerichteten Willen in Wahrheit garnicht im Ungewissen lassen, sei es, daß der anscheinend bedingende Umstand bereits **notorisch eingetreten** ist (Dresden 29. Sept. 71 St. 1 70), sei es, daß

Digitized by Google

er nach dem natürlichen Laufe der Dinge oder nach gesetzlichen Vorschriften eintreten muß, lediglich für nicht beigefügt zu erachten sind, ist bezüglich der wahren Bedingungen zu unterscheiden. Im allgemeinen ist jedoch hervorzuheben, daß für die vorliegende Frage, bei der nur in Betracht kommt, ob der auf Strafverfolgung gerichtete Wille des Antragsberechtigten gewiß sei (N. 44), nicht bloß ein Zusatz, durch den der Antrag von einem zukünftigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht wird, sondern auch eine Abhängigmachung von einer vergangenen Begebenheit dann, wenn die Ungewißheit des auf Strafverfolgung gerichteten Willens des Antragstellers bestehen bleibt, als wahre Bedingung zu gelten hat; RG. II 16. Apr. 86 E. 14 96.

a) Aufschiebende Bedingungen führen die Unwirksamkeit des Strafantr., dem sie beigefügt sind, herbei. So: die beiden N. 44 zitt. RG. E. 6 152, 14 96, Berlin OEr. 20. Okt. 71, OAG. 7. Feb. 73, St. 1 213, 2 220, München 18. Mai 72 St. 1 264, Finger 1 201 N. 276, v. Liszt S. 200, Lucas S. 206, H. Meyer S. 310, Meves § 64 N. 4, Oppenh.-D. N. 23, Reber Antragsdel. S. 417, v. Bar G. 19 715, Freudenstein Ehrenkr. S. 102 (diese zum Teil über die bedingte Zurücknahme [§ 64] sich verhaltend). AM. einerseits Klebs G. 19 576, eine Bedingung sei für nicht geschrieben zu erachten, andererseits Rüd.-St. N. 18 u. v. Schwarze N. 20, es sei Sache der Auslegung, ob eine Bedingung den Antrag unwirksam mache o. als nicht hinzugefügt gelte, endlich Köhler Strafantrag S. 112, Suspensivbedingungen berührten die Gültigkeit nicht, sofern sie innerhalb der Frist eingetreten seien.

Das Gesagte gilt auch dann, wenn die Straflosigkeit einzelner Teilnehmer an der Tat zur Bedingung gemacht sein sollte (s. jedoch N. 47); denn alsdann will der Antragsteller bei der gesetzlichen Notwendigkeit des Einschreitens gegen die übrigen Teilnehmer gemäß § 63 auch nicht die Bestrafung desjenigen, gegen den er den Antrag gestellt hatte; Hälschner 1 717, H. Meyer S. 311, Oppenh.-D. § 63 N. 2, Nessel Antragsber. S. 49; vgl. übrigens § 64 N. 11. Selbst der gegen eine bestimmte Person gerichtete Strafantr. (N. 42) kann, was Sache der Auslegung ist, in dem Sinne gemeint sein, daß der Wille dahin ging, die Strafverfolgung nur unter der Bedingung eintreten zu lassen, daß die bezeichnete Person der Täter sei; RG. II 19. Sept. 82 E. 7 35, Geyer 1 210, Lucas S. 207.

b) Auflösende Bedingungen sind unwirksam; sie können das durch den Antrag entstandene Recht auf Strafverfolgung nicht wieder beseitigen; so das zit. RG. E. 14 96; aM.: Lucas aO., H. Meyer S. 310, Rüd.-St. N. 18, der Antrag sei wirkungslos, ferner Köhler aO., erst mit dem Wegfall der Bedingung sei der Antragswille sicher u. unbedingt.

Abweichend von der überwiegenden M. vertreten Binding Hb. 1 655 f. u. Hälschner 1 717 die Ansicht, daß zwar gesetzlich unzulässige Bedingungen u. Vorbehalte, zwischen denen sie prinzipiell nicht unterscheiden, den Antrag unwirksam machten, daß aber keineswegs alle Bedingungen u. Vorbehalte für unzulässig zu erachten seien. Frank N. VI 4 dagegen nimmt an, daß auf einen bedingten Strafantrag während des Schwebens der Bedingung keine Verfolgung eintreten dürfe, daß aber auf die innerhalb der Frist erstattete Anzeige des Antragstellers von der Erfüllung der Bedingung der Verfolgung nichts im Wege stehe.

46) Vorbehalte beeinträchtigen die Wirksamkeit eines Strafantr. nicht; denn der Wille, daß die strafrechtl. Verfolgung eintreten möge, ist unbedingt ausgesprochen, mag der Antragsteller dabei gleichzeitig erklären, daß er eventuell noch etwas anderes wolle, so insbs. daß er, sei es zulässiger-, sei es unzulässigerweise, die „Zurücknahme" (§ 64) sich vorbehalte, welcher Vorbehalt materiell auch bei einer „vorläufigen" Stellung des Antrages gemacht wird. So: RG. II 7. Dez. 80 E. 3 89 (btr. eines „auf eine gütliche Verständigung im Termine" sich beziehenden Vorbehalts), Binding Hb. 1 656 N. 3, Lucas S. 207, H. Meyer S. 310, Rüd.-St. N. 18, Reber Antragsdel. S. 418, Klebs G. 19 576. AM. Oppenh.-D. N. 23; vgl. jedoch auch die o. N. 45 letzter Abs. zitt. Binding u. Hälschner.

47) Bloße Beschränkungen eines Strafantr. sind wirkungslos; sie vermögen, wenn einmal der auf Strafverfolgung gerichtete Wille kundgegeben ist, den gesetzlichen Gang nicht abzuändern. So: RG. III 1. Apr. 82 E. 6 152 (btr. der einem aus § 172 gegen den Mitschuldigen gestellten Strafantr. hinzugefügten Erklärung, daß die Bestrafung der Ehe-

Digitized by Google

frau nicht beantragt werde), München 13. Apr. 77 St. 7 76 (btr. der Beschränkung eines Antr. aus § 185 auf „Geld oder Haft"), H. Meyer S. 310, Freudenstein Ehrenkr. S. 102. AM. außer Rüd.-St. (N. 45a) v. Bar G. 19 715, der Antr. sei für nicht gestellt zu erachten; vgl. jedoch auch die o. N. 45 aE. zitt. Binding u. Hälschner sowie Köhler Strafantrag S. 114.

48) Durch die rechtzeitige Stellung des Strafantr. wird die, außer der Normwidrigkeit der Hdlg., zur Strafverfolgung erforderliche zweite Bedingung erfüllt, so daß das Strafrecht und die Strafpflicht des Staates nunmehr frei walten kann, selbstverständlich bezüglich derjenigen strafb. Hdlg., welche der Strafantr. betrifft, nicht auch bezüglich anderer real konkurrierender Straftaten; Berlin 31. Okt. 72 St. 2 170.

Dabei ist das Motiv, aus dem der Strafantr. gestellt wurde, gleichgültig (RG. II 29. Nov. 89 E. 37 429, Berlin 14. Juli 73 O. 14 506), weshalb es einflußlos ist, wenn die Antragstellung in dem, vielleicht durch eine Aufforderung des Staatsanwalts hervorgerufenen Irrtum geschah, sie sei eine gesetzliche Pflicht, bzw. in Unkenntnis davon, daß es überhaupt eines Antrages zur Verfolgung bedürfe; RG. III 9. März 81 N. 3 130, II 19. Nov. 89 E. 20 54, RMG. I 16. Apr. 03 E. 5 54.

Nach Stellung eines Strafantr. bleibt die StAschaft nur nach Maßgabe der StPO. § 152_2 zum Einschreiten verpflichtet; Berlin 23. Nov. 77 O. 18 750, Löwe-H. StPO. Buch II Abschn. 1 N. 7a. Es muß auch dementsprechend bei Antragsdel. die Zulässigkt. des Begnadigungsrechtes angenommen werden; v. Kirchenheim Antragsdel. S. 88.

Andererseits kann die StAschaft, selbst trotz ursprünglicher, irrtümlicher Zurückweisung des Strafantrages, demnächst dennoch einschreiten; Reber Antragsdel. S. 480, v. Bar G. 19 713.

49) Es fragt sich, welche Wirkungen einer Verzeihung wegen der durch das Antragsdelikt zugefügten Verletzung sowie einem Verzichte auf strafrechtl. Verfolgung wegen eines Antragsdel. zukommen, und zwar sowohl vor Stellung eines Strafantr., also namentl. auch gegenüber einem später gestellten Strafantr., als auch nach Stellung eines Strafantr., abgesehen von dem Falle einer nach § 64 zulässigen Zurücknahme.

a) Die Verzeihung ist an sich ein rein ethischer Vorgang ohne juristische Bedeutung; sie kann deshalb auch bezüglich der Antragsberechtigung, mag sie selbst dem Gerichte gegenüber zum Ausdrucke gelangt sein, keine Wirkung haben; so: RG. III 7. Juni 86 E. 14 202 (btr. § 172), Hälschner 1 721; aM. Finger 1 206. Die Verzeihung kann das Motiv für einen Verzicht bilden, ist ihm aber keineswegs gleichzustellen; so außer Hälschner: v. Schwarze N. 11a, Klebs G. 19 577.

b) Der nach Begehung der Tat ausgesprochene Verzicht, d. h. die Erklärung, daß die Strafverfolgung seitens des Antragsberechtigten nicht gewollt werde, ist als solcher, wenn ihm also nicht nach bereits gestelltem Antrage eine zulässige Zurücknahme (§ 64) folgt, unwirksam, mag der Verzicht auf einem mit dem Täter geschlossenen Vergleiche beruhen, oder in einseitiger Weise — ohne Beanspruchnng einer Gegenleistung — erklärt sein. Es beruht dies darauf, daß die strafrechtl. Verfolgung in den Fällen, wo sie gegen die Regel von der Stellung eines Strafantr. bedingt ist, nicht weiter vom Privatwillen des Antragsberechtigten abhängig gemacht werden darf, als jene Ausnahme solches notwendig erfordert; selbige geht aber nur dahin, daß ein Antrag auf Verfolgung gestellt sein müsse (§ 61), sowie daß der gestellte Antrag nicht zulässigerweise zurückgenommen sei (§ 64); Privaterklärungen oder Abmachungen können, von der tatsächlich erfolgten Unterlassung der Antragstellung innerhalb der Frist und der gültigen Zurücknahme abgesehen, keinerlei Wirkung auf diesem dem öffentlichen Rechte angehörigen Gebiete äußern. So: RG. I 13. Jan. 81 E. 3 221, zit. E. 14 202, III 1. Apr. 81 N. 3 181 (auch letzteres allg., wennschon speziell ein im Falle des § 172 vor der Rechtskraft des Scheidungsurteils erklärter Verzicht vorlag), ROHG. 13. Okt. 76 St. 6 154, Berlin 21. Nov. 72, 20. Feb., 6. Nov. 73, 9. Jan. 74, St. 2 151, 216, 3 169, 275, Mannheim 15. Juli 76 St. 6 153, Stuttgart 26. Apr. 76 St. 6 164, Geyer 1 209, v. Liszt S. 200, H. Meyer S. 306, Schütze S. 171 N. 17, Frank N. IX, Meves § 64 N. 3, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. § 64 N. 7, Reber Antragsdel. S. 536, Neffel Antragsber. S. 74, v. Kirchenheim Antragsdel. S. 79, 87, Samuely

Digitized by Google

GS. 32 24 N. **, Köhler Strafantrag S. 166, und Binding Hb. 1 647 (aus dem Grunde, weil das Gesetz das Recht dem Verletzten als solchem gebe und dieser durch Verzicht nicht aufhöre, Verletzter zu sein). AM.: Dresden 27. März, 29. Mai 74, St. 4 106, 261, v. Bar, Klebs, G. 19 646, 577, Freudenstein Ehrenkr. S. 116; dsgl., sofern der Vergleich nicht gegen die guten Sitten verstoße, v. Schwarze N. 10a, 11 u. § 64 N. 8 sowie GS. 25 257. Dabei kann es aus den oben entwickelten Gründen an sich keinen Unterschied begründen, ob der Verzicht dem Täter selbst oder dem Gerichte erklärt wird; so speziell die zitt. St. 2 151, 6 154 u. Binding aO. N. 32; aM.: Finger 1 206, Hälschner 1 721, einem solchen Verzichte komme die gleiche rechtliche Wirkung mit der Zurücknahme zu.

Wird aber seitens des Antragsberechtigten vor Begehung der Tat ein Verzicht auf Antragstellung gegenüber dem Täter erklärt, so liegt darin eine Einwilligung des Verletzten (T. I Abschn. 4 N. 10), die nach den über diese geltenden Grundsätzen zu beurteilen ist; Finger 1 205, 417, Frank N. IX.

Wegen Verzichts btr. Erhebung der Privatklage vgl. § 64 N. 20.

Nichtstellung und Versäumung des Antrages. N. 50—52.

50—52) Ein Antragsdel. ist nicht zu verfolgen, wenn der Berechtigte innerhalb der Frist (N. 28) die Antragstellung „unterläßt" (§ 61 S. 1) bzw. wenn er die Antragsfrist „versäumt" (§ 62). Hierdurch ist zum Ausdruck gebracht, daß nicht schon die bloße Nichtstellung des Antrages innerhalb dreier Monate nach der Kenntniserlangung an sich die Antragsberechtigg. aufhebe, daß vielmehr die Nichtstellung des Antrages auf einem Verhalten des Antragsberechtigten beruhen muß, welches als eine „Unterlassung" oder gar als eine „Versäumnis" sich charakterisiert. So: RG. I 3. Okt. 95 E. 27 366, Hamburg OLG. 18. Juni 85 Vogt Entsch. S. 3, Finger 1 202, Frank N. VIII 6, Fuchs Anklage S. 25, Nessel Antragsber. S. 43, Medem GS. 29 581, Köhler Strafantrag S. 97, während man vielfach dieser Auffassung gegenüber sich ablehnend verhält und nur annimmt (vgl. RG. 1 23. März 80 E. 2 62), es habe § 61 nicht solche Hdlgen im Auge, deren Verfolgung noch ein gesetzl. Hindernis im Wege stehe, was namentl. der Fall, solange die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit der Handlung nicht eingetreten sind. Vgl. des näheren über die hier vertretene Ansicht, dsgl. über Fälle der rechtlichen und tatsächlichen Unmöglichkeit der Antragstllg. die entsprechenden Noten der 5. Aufl. d. Kommentars.

Natur der Antragsfrist. N. 53, 54.

53) Der dreimonatige Zeitraum (N. 28), innerhalb dessen der Strafantr. gestellt werden muß, wird im StGB. selbst (§§ 61 S. 2, 62) als „Frist" bezeichnet und zwar mit Recht; denn das Gesetz hat im § 61 die Verwirkung der Antragsberechtgg. festgesetzt, wenn in dem dreimonatigen Zeitraume die Antragstellung nicht vorgenommen wird; das entspricht aber dem Wesen einer Frist; vgl. v. Krämel HRl. „Frist". AM. Lehmann Strafantr. S. 25, es handele sich gar nicht um eine „Frist", weil weder der Antragsberechtigte verpflichtet sei, einen Strafantr. zu stellen, noch ihm ein Nachteil aus der Nichtstellung erwachse. Jedenfalls ist aber der Verletzte seiner Berechtigung, durch Stellung des Antrages die Verfolgung herbeizuführen, verlustig gegangen. Über die Natur der Antragsfrist herrscht jedoch Streit.

54 I) In negativer Hinsicht gilt bezüglich der Natur der Antragsfrist folgendes:

a) Zunächst erscheint ausgeschlossen, daß die Antragsfrist eine Prozeßfrist sei; es folgt dies schon daraus, daß sie eine Prozeßvoraussetzung bildet (N. 55); Berlin 7. März 73 G. 21 269. Folglich kann auch gegen die Verabsäumung der Antragsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Maßgabe der StPO. § 44 nicht beansprucht werden (Binding Hb. 1 641, Frank N. VIII 5, Oppenh.-D. N. 32, Lehmann Strafantr. S. 37).

b) Ferner ist anzunehmen, daß die Antragsfrist keine Verjährungsfrist sei.

α) Darüber, daß sie eine die Strafverfolgung betreffende Verjährungsfrist nicht sei, herrscht kein Zweifel; denn allgemein wird anerkannt, daß die Antragsfrist neben der letzteren derartig selbständig herläuft, daß je nach Umständen neben der mit dem Tage der Begehung der strafb. Hdlg. beginnenden Strafverfolgungsverjhrg. (§ 67$_4$) die Frist zur Stellung des Antrages entweder noch gar nicht begonnen hat oder gleichfalls läuft oder zu laufen bereits

Digitized by Google

aufgehört hat; so insbs. auch RG. I 13. Feb. 82 E. 6 37, IV 22. Apr. 84 N. 6 291. Selbstverständlich ist freilich, daß, wenn die Strafverfolgung bereits verjährt ist, was möglich ist, da durch den Mangel des Antrages der Lauf der Verjährung nach § 69$_2$ nicht gehindert wird, ein obschon noch innerhalb der Antragsfrist gestellter Strafantr. eine Wirkung nicht mehr hat, was namentl. in den Fällen des § 370^{5,6} wegen der nur dreimonatigen Verjährungsfrist eintreten kann; so insbs. zit. RG. E. 6 37.

β) Die Antragsfrist ist aber überhaupt keine Verjährungsfrist; die Verjährung ist ein rein objektives Institut, während die Antragsfrist einen subjektiven Charakter trägt, insofern ihr Beginn durch die Kenntnis des Berechtigten von der Hdlg. und der Person des Täters bedingt ist. So: Berlin 7. März 73 G. 21 269 (vgl. auch Berlin 25. Feb. 59 Entsch. d. Tr. 40 5*, die Antragsfrist stehe zu den Verjährungsfristen in dem Gegensatz, daß, „wenn sie einmal innegehalten, von ihrem Ablauf überall nicht mehr die Rede sein könne"), Hälschner 1 718, v. Schwarze N. 15, Fuchs Anklage S. 23, v. Risch GS. 36 255. AM.: Heinze HH. 2 602, Reber Antragsdel. S. 455, Lehmann Strafantr. S. 23.

II) Demnach ist die Natur der Antragsfrist positiv lediglich als eine nichtprozessuale Rügefrist zu bezeichnen; so sachlich übereinstimmend: Binding Hb. 1 641 (ein „befristetes Recht"), H. Meyer S. 307, Schütze S. 169, Rüd.-St. N. 29, Köhler Strafantrag S. 73; vgl. auch Grawein Verjährung u. gesetzl. Befristung (Leipzig 1880) 1 34 btr. der „materiellrechtl. Präklusivfristen".

Prozessuales. N. 55—62.

55) Die prozessuale Bedeutung des Strafantrages (N. 1) besteht darin, daß er bei den sog. Antragsdel. die Voraussetzung der strafrechtl. Verfolgung bildet, das Nichtvorliegen eines gültigen Strafantr. folglich ein Hindernis für Einleitung und bzw. Durchführung des Strafverfahrens ist; v. Risch GS. 36 276, insbs. N. 44. Der Strafantr. ist sonach sowohl eine Prozeß- als auch eine Urteilsvoraussetzung; v. Kries ZStrW. 5 10, 39.

Im prozessualen S. der §§ 262, 266 der StPO. ist dagegen der Mangel des erforderlichen Strafantr. kein sog. strafausschließender Umst., mag er auch seiner materiellrechtl. Wirkung nach als ein solcher sich darstellen (N. 2) und deshalb das Antragserfordernis unter den „Strafausschließungsgründen" des Abschn. 4 behandelt sein; v. Risch aO. S. 254 N. 15; vgl. auch RG. II 4. Apr. 82 E. 6 161, es beruhe die Aufnahme der btr. Bestimmungen in den Abschn. 4 lediglich auf einer Inkorrektheit bei der Redaktion des StGB.

Aus dem Bemerkten folgt, daß die irrtümliche Annahme auf seiten des Täters, zur Verfolgung der von ihm begangenen strafb. Hdlg. sei ein Antrag erforderlich, für seine Schuld ohne Einfluß ist; § 59 N. 33$_2$.

56) Daraus, daß der Strafantr. die prozessuale Voraussetzung für die Strafverfolgung ist (N. 55), ergeben sich als Folgerungen:

a) Der Strafantr. kann mit rechtl. Wirkung vor Begehung der Tat nicht gestellt werden, weil es bis dahin an einem Gegenstande der Strafverfolgung fehlt, und ein Antrag, der diese veranlassen soll, bedeutungslos ist, solange er solche Wirkung nicht herbeiführen kann. Entsprechendes gilt, wenn die Strafverfolgung vom Eintritt einer Bedingung abhängt, diese aber noch nicht eingetreten ist; vgl. § 172 N. 9d.

b) Andere prozessuale Maßregeln als wie die in StPO. §§ 127$_2$, 130 ausnahmsweise gestatteten sind ohne Strafantr. nicht zulässig; RG. I 13. Feb. 82 E. 6 37; weitergehend erachten jedoch H. Meyer S. 312, Rüd.-St. N. 32, Köhler Strafantrag S. 132 u. Löwe-H. StPO. B. II Abschn. 1 N. 7c überhaupt vorläufige Maßregeln für statthaft. Demnach ist namentl. auch, trotz der mangelhaften Fassung des § 201 der StPO., bei fehlendem Antrage unzweifelhaft das Verfahren nicht zu eröffnen.

57) Weil der Strafantr. bei den Antragsdel. zugleich Urteilsvoraussetzung ist (N. 55), so kann — wenn trotz fehlenden Antrags, sei es zufolge eines Versehens, sei es zufolge einer abweichenden tatsächlichen oder rechtlichen Auffassung, das Hauptverfahren eröffnet worden — dennoch eine Sachentscheidung über die Tat, insoweit sie als Antragsdelikt sich darstellt, nicht gefällt werden; da aber nach StPO. § 263 die Tat nach allen ihren rechtlichen Beziehungen zu prüfen ist, so kann auch nach Klarstellung, daß der er-

Digitized by Google

forderliche Strafantrag fehle, dennoch ohne Einverständnis der StAschaft von der Beweisaufnahme nicht abgesehen werden; RG. I 12. Jan. 88 N. 10 32 (für den Fall der Zurücknahme des gültigen Strafantr.; § 64 N. 12a). Sobald aber überhaupt ein formgerechter und rechtzeitiger Strafantr. vorliegt, kann ein Strafurteil ergehen, gleichviel ob das Verfahren auf Grund eines anderen als des schließlich vorliegenden eröffnet oder ob zur Zeit der Eröffnung des Hauptverfahrens gar kein Strafantr. vorlag und solcher erst später nachgebracht wurde; so die GM., insbs.: RG. II 20. Apr. 83, IV 21. Jan. 87, N. 5 270, 9 83, RMG. I 19. März 03 E. 4 274. Die Nachbringung des Antrages kann aber nicht mehr nach Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils erfolgen (Bew. § 64), also namentl. nicht in der Revisionsinstanz; RG. III 13. Feb. 01 G. 49 129, Binding Hb. 1 645.

Sollte auch der StAschaft eine Frist zur rechtzeitigen Nachbringung des Strafantrages noch gewährt werden können, so steht es doch andererseits dem Richter zweifellos zu, gemäß StPO. § 259 ein auf „Einstellung des Verfahrens" lautendes Urteil zu erlassen. Dagegen hat eine Einstellung „zur Zeit" (bzw. eine „vorläufige"), um eine spätere Strafverfolgung zu ermöglichen, nicht zu geschehen; ein auf „Einstellung" schlechthin lautendes Urteil steht einer späteren Strafverfolgung auf Grund gestellten Antrages nicht entgegen, weil eine Sachentscheidung nicht ergangen, sondern nur bezüglich einer Prozeß- bzw. Urteilsvoraussetzung erkannt ist; RG. II 31. Mai 81 E. 4 211, zit. III G. 49 129. Dies gilt selbst dann, wenn schon vor der Einstellung ein gültiger Antrag vorlag, der unbeachtet geblieben war; RG. III 22. Feb. 92 G. 39 437.

Wird der StAschaft eine Frist zur Nachbringung nicht gewährt, namentl. weil feststeht, daß der Strafantr. verspätet sein würde, so muß in der Hauptverhdlg. ausdrücklich auf Einstellung durch Urteil erkannt werden; die Übergehung des btr. Antragsfalles in der Urteilsformel, z. B. wenn wegen anderer Straftaten Aburteilung erfolgt, verletzt die StPO. §§ 263, 259; RG. II 2. Nov. 80 N. 2 432.

58a) Tritt ein Offizialdelikt mit einem Antragsdelikt oder treten mehrere Antragsdelikte miteinander in Idealkonk. (§ 73 N. 36a), so ist nur der Tatbestand zu berücksichtigen, der, sei es von Amts wegen, sei es zufolge gestellten Strafantrages, verfolgbar ist. Insoweit ist aber auch das Gericht zuf. StPO. § 263 zur Prüfung der Tat verpflichtet, es muß also, wenn auch das Verfahren nur zufolge Strafantrages aus einem Gesichtspunkte eröffnet war, prüfen, ob nicht auch ein von Amts wegen zu verfolgender oder ein anderer bisher nicht geltend gemachter, gleichfalls auf Antrag verfolgbarer Tatbestand vorliege; RG. I 5. Okt. 99 E. 32 280.

b) Trifft eine Amtstätigkeit mit einer Antragsberechtigg. dadurch zusammen, daß die Hdlg. mehrere Personen verletzt, von denen nur einige antragsberechtigt sind, so ist die nicht selten aufgestellte Ansicht (Merkel HH. 4 415, Herzog GS. 26 202), daß diejenige Seite der Tat, die auf einen nichtantragstellenden Berechtigten sich beziehe, stets unberücksichtigt bleiben müsse, nicht richtig. Vielmehr wird hier, wie z. B. bei Aburteilung eines Diebst., wenn der antragsberechtigte Eigentümer den Antrag nicht gestellt hat, die Hdlg. aber von Amts wegen verfolgt wird, weil der gleichzeitig verletzte Inhaber der Sache zum Diebe nicht in einem der im § 247 (das. N. 11) bezeichneten Verhältnisse steht, an sich die ganze einheitliche Tat festzustellen sein, gleichwie in dem Falle, wenn von mehreren Antragsberechtigten nur einer den Strafantrag gestellt hat (vgl. v. Bar aO. S. 648 N. 6, ähnlich Binding Hb. 1 631 f. u. H. Meyer S. 306 N. 34), wenngleich bei der Verurteilung, soweit dies nach Lage der Sache möglich ist, die beschränkte oder einseitige Stellung des Strafantrages Berücksichtigung finden muß; dementsprechend hat RG. IV 14. Juni 95 G. 43 231 angenommen, daß bei einer Körperverletzg. mehrerer Personen durch denselben Akt die Feststllg. auf die gesamte Tat, somit auch auf die Verletzung derjenigen Person, die einen Strafantrag nicht gestellt, sich erstrecken könne, nicht aber auch die Verurteilung wegen Verletzung aller betroffenen Personen ausgesprochen werden dürfe.

Vgl. übrigens § 73 N. 38_1.

Digitized by Google

59) Eine besondere prozessuale Lage entsteht dadurch, daß infolge Zusammentreffens:

a. mehrerer kumulativer Antragsberechtigungen,

b. einer Antragsberechtigung mit der Amtstätigkeit (N. 58),

bei einer Hdlg. eine strafrechtliche Verfolgung bereits auf Antrag eines Berechtigten oder von Amts wegen eingetreten sein kann, wenn durch einen anderen der mehreren Berechtigten (a) oder den Antragsberechtigten (b) ein neues Verfahren beantragt wird; Olshausen Vorbestr. Abschn. 6 S. 142 ff.

Die StPO. trifft in dieser Beziehung nur für den Fall der Privatklage im § 415_3 eine ausdrückliche Bestimmung dahin, daß „jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung zugunsten des Beschuldigten ihre Wirkung auch gegenüber solchen Berechtigten, welche die Privatklage nicht erhoben haben", äußere, welche Bestimmung nicht nur von dem Fall, wenn neben dem Verletzten selbst noch andere zum Strafantr. und zur Privatklage selbständig berechtigte Personen vorhanden sind (z. B. § 195), sondern auch von dem Falle, wenn durch eine Hdlg. mehrere Personen unmittelbar verletzt sind, zu verstehen ist. So: RG. II 25. Feb., I 3. März 81, E. 3 362, 385, Oppenh.-D. § 62 N. 3, Dochow HH. d. Strafpr. 2 358, Glaser 2 207, Löwe-H. StPO. § 415 N. 2, Stenglein StPO. § 415 N. 2, Auerbach G. 33 308, Ullmann S. 542; vgl. auch v. Kries S. 206. AM. Binding Hb. 1 633 N. 6.

60) Bezüglich der prozessualen Natur der den Strafantr. betreffenden Fragen ist negativ folgendes hervorzuheben:

a) Sie stehen zur „Schuldfrage" in keinerlei Beziehung; sie sind deshalb nach der Regel des GVG. § 198_1 stets nach der absoluten Mehrheit der Stimmen und ferner nach StPO. §§ 293 ff. stets durch den Gerichtshof, niemals durch die Geschworenen zu entscheiden; so die GM., insbs. RG. I 12. Juli 80 E. 2 221, III 1. Mai 84 N. 6 331.

b) Sie gehören aber auch nicht zur „Straffrage", trotzdem ihre materielle Bedeutung darin besteht, daß bei fehlendem Antrage eine Bestrafung nicht eintreten kann (N. 2, 55); daß die StPO. sie nicht zur Straffrage rechnet, geht aus StPO. § 259 deutlich hervor, wonach das Urteil bei fehlendem Antrage auf „Einstellung" zu lauten hat und auch bei erwiesener Schuld nicht auf „Schuldig, jedoch straffrei" zu erkennen ist.

61) Positiv ist für die prozessuale Natur der den Strafantr. btr. Fragen entscheidend, daß „der Strafantrag nur die prozessuale Vorbedingung für die Statthaftigkeit der Strafverfolgung bildet" (N. 55 ff.); RG. II 4. Apr. 82 E. 6 161. Demgemäß handelt es sich um prozessuale Vorfragen, die als solche ihrer Natur nach in jeder Lage des Prozesses von Amts wegen zu prüfen sind, sobald dazu Veranlassung gegeben ist; RG. III 17. Apr. 80, 5. März 81, R. 1 614, 3 115. Für den Richter erster Instanz liegt die Verpflichtung zur Prüfung, ob der erforderliche Antrag in gültiger Weise gestellt sei, unbedingt vor; RG. III 31. Dez. 79 E. 1 43. Dagegen ist der höhere Richter nur dann berechtigt, die Antragsfrage zu prüfen, wenn diese in Gemäßheit der §§ 359 bzw. 384 StPO. zum Gegenstande der Berufung bzw. Revision gemacht ist; denn obschon ein gültiger Strafantrag bei dem Antragsdel. nicht nur eine Prozeß-, sondern auch eine Urteilsvoraussetzung bildet (N. 57), so kann doch auf Grund der positiven Prozeßgesetzgbg. die Antragsfrage in der Berufungs- bzw. Revisionsinstanz nur dann geprüft werden, wenn der erhobene Angriff solches ermöglicht. Die ständige Rechtsprechung des RG. erfordert dazu einen prozessualen, gemäß S. 2 des § 392_2 StPO. begründeten Angriff, während RMG. I 30. Apr. 03 E. 5 87 (s. o. N. 1 letzt. Abs.) angenommen hat, daß eine materiellrechtliche Rüge das Revisionsgericht zu der Prüfung verpflichte, ob der erforderliche Strafantr. rechtswirksam gestellt sei. Über die Stellung des Revisionsgerichts bei Nachprüfung der Rechtswirksamkeit des Strafantr. vgl. im übrigen RG. I 1. Okt. 03 G. 51 41.

Die Streitfrage, ob bei einer wegen Verletzung der Normen über die Antragsberechtigg. erhobenen Revision StPO. § 380 Anwendung finde, gehört ins Strafprozeßrecht.

62) Über die Feststellung des Vorliegens des erforderlichen Strafantr. vgl. die N. 63 der 5. Aufl. des Kommentars, sowie die Lehrbücher des Strafprozesses u. die Kommentare zur StPO.

Digitized by Google

§. 62.

Wenn von mehreren zum Antrage Berechtigten einer die dreimonatliche Frist versäumt, so wird hierdurch das Recht der übrigen nicht ausgeschlossen.

PrStGB. § 51. Entw. I § 55, II § 60.

1) Mehrere (§ 47 N. 1) zum Antrage Berechtigte können vorhanden sein:

a. weil die Hdlg. mehrere Personen verletzt hat (§ 61 N. 58 f.), oder

b. weil nach Maßgabe des § 65 bzw. der §§ 182, 195, 196, 232, sowohl der Verletzte als auch dessen Vertreter oder andere ihm nahestehende Personen antragsberechtigt sind (§ 61 N. 13).

Es ist nun an sich „das Recht eines jeden einzelnen von ihnen ein selbständiges und unabhängig von dem Rechte des anderen" — ein Grundsatz, der nur aus prozessualen Rücksichten eine Beeinträchtigung erleidet (§ 61 N. 59); deshalb ergibt sich der Inhalt des § 62 als eine notwendige Folge der Natur der Antragsberechtigg.

Die §§ 198, 232 enthalten vom § 62 keinerlei Ausnahmen, da sie nicht von nebeneinander, sondern von gegeneinander auszuübenden Antragsberechtiggen handeln.

2) Die Voraussetzung des § 62 erfüllt in dem zu N. 1 b bezeichneten Falle sich nur in dem gleichzeitigen Nebeneinanderbestehen mehrerer Antragsberechtigten, während z. B. ein später bestellter Vertreter die Rechtslage sich gefallen lassen muß, wie er sie von seinem Rechtsvorgänger übernommen hat; RG. III 7. Dez. 81 E. 5 190, H. Meyer S. 308.

§. 63.

Der Antrag kann nicht getheilt werden. Das gerichtliche Verfahren findet gegen sämmtliche an der Handlung Betheiligte (Thäter und Theilnehmer), sowie gegen den Begünstiger statt, auch wenn nur gegen eine dieser Personen auf Bestrafung angetragen worden ist.

PrStGB. § 52. Entw. I § 56, II § 61.

1) § 63 stellt den Grundsatz der sog. Unteilbarkeit des Strafantr. auf und gibt damit zugleich dem Gedanken Ausdruck, daß die strafb. Hdlg. den Gegenstand des Antrages auf Strafverfolgung bilde. Demgemäß hat § 63 das Verhältnis der in dem Antrage nicht Genannten zu der Handlung, deren Verfolgung beantragt worden ist, im Auge, nicht ihr Verhältnis zu der Person, gegen die auf Bestrafung angetragen wurde; folglich ist der Antrag, wenn auch die Nichtschuld der in ihm Bezeichneten erwiesen werden sollte, dennoch zur Verfolgung der Hdlg. bzw. der im Antrage nicht benannten beteiligten Personen ausreichend. Vgl. § 61 N. 42, namentl. die das. zitt. RG. E. 5 268, 7 35, R. 7 201.

Aus dem obigen Grundsatze folgt, daß durch die Stellung des Strafantr. gegen einen an der Hdlg. Beteiligten die Bedingung für das Strafverfahren — denn dieses, im weiteren Umfange auch das Ermittelungsverfahren begreifend, ist zufolge ausdehnender Auslegung unter dem Ausdrucke „das gerichtliche Verfahren" zu verstehen (Fuchs, Hüppner, GS. 26 148, 38 384) — gegen sämtliche Beteiligte gegeben ist, soweit es eben durch einen Strafantr. bedingt war (§ 61 N. 1), gleichgültig ob der Verletzte von der Beteiligung der anderen Person Kenntnis hatte oder nicht. Daraus ergibt sich, daß, falls das Verfahren gegen einzelne Beteiligte überhaupt nicht von einem Strafantr. abhängt (§ 61 N. 8), gegen diese jedenfalls einzuschreiten ist, mag im übrigen ein Antrag gegen die anderen Teilnehmer gestellt sein oder nicht; auf diesen Fall bezieht also § 63 sich nicht; RG. I 19. Dez. 81, 8. März 94, E. 5 274, 25 176, Dresden 24. März 73 St. 3 53, Berlin 7. Mai 78, 9. Jan. 79, St. 8 84, O. 20 25, Binding Hb. 1 638, Geyer 1 211.

2) Fraglich ist die Wirkung des Prinzips der Unteilbarkeit des Antrages in dem Falle, wenn der Antragsberechtigte erst nach und nach von den verschiedenen an der Handlung beteiligten Personen Kenntnis erhalten hat (§ 61 N. 36).

a) Die Beteiligung mehrerer kann in der Weise stattfinden, daß neben den Täter (T. I Abschn. 3 N. 5) bzw. neben die Mittäter (§ 47) noch Anstifter und Gehilfen (§§ 48, 49) treten. Es fragt sich demgegenüber, ob § 61, wenn er für den Beginn der

Digitized by Google

Antragsfrist Kenntnis von der Person des „Täters" erfordert, diesen Ausdruck i. e. S. und im Gegensatz zum Anstifter und Gehilfen gebraucht hat; es ist jedoch anzunehmen, daß „Täter" hier, wie so häufig, im weitesten S. gebraucht sei (T. I Abschn. 3 N. 7_4), da kein Grund einzusehen ist, weshalb nicht die Kenntnis von der Person eines Teilnehmers genau so wirken sollte, wie die Kenntnis gerade von der Person des Täters; die Bestrafung eines jeden einzelnen Teilnehmers wird stets nach seiner Schuld bemessen und aus der Strafbarkeit des einen folgt noch nichts für die Strafbarkeit des anderen. AM. Reber Antragsdel. S. 470.,

b) Kommt es sonach nicht darauf an, ob die verschiedenen Personen, von deren Beteiligung der Antragsberechtigte erst nach und nach Kenntnis erhält, Täter oder Teilnehmer sind, so fragt es sich, ob der Beginn der Antragsfrist jedem einzelnen Beteiligten gegenüber besonders, nach Kenntnis des Berechtigten von dessen Beteiligung, oder ob er allen Beteiligten gegenüber einheitlich zu berechnen sei. Die Entscheidung dieser Streitfrage ist aus dem Grundsatz des § 63, nicht aus § 61, der über diese Frage sich nicht ausläßt, zu entnehmen; ist aber der Grundsatz der Unteilbarkeit dahin aufzufassen, daß durch die Antragstellung auch gegen nur eine der Beteiligung verdächtige Person die Verfolgung der Hdlg., als solche, ermöglicht werde (N. 1), so muß auch umgekehrt die Unterlassung der Antragstellung gegen die — dem Antragsteller bekannte — Person eines Beteiligten ihre Wirkung bezüglich der Hdlg. bzw. der übrigen an dieser Beteiligten äußern. Demgemäß beginnt die Frist bezüglich aller Beteiligten zu laufen, sobald der Antragsberechtigte auch nur von der Person eines Beteiligten Kenntnis hat. So: RG. BStS. 2. Jan. 84 E. 9 390 (btr. der sog. absoluten Antragsverg.), Finger 1 202, Geyer 1 210, v. Liszt S. 199, Frank § 61 N. VIII 3, Oppenh.-D. N. 3 u. § 61 N. 31, Rüd.-St. N. 8, Reber Antragsdel. S. 470, Köhler Strafantrag S. 85. AM. einerseits: Berlin 18. Feb. 74 O. 15 91, Binding Hb. 1 639, H. Meyer S. 307, die zwar auch einheitliche Berechnung der Frist annehmen, deren Beginn jedoch von der spätesten Kenntnisnahme von der Person eines Beteiligten berechnen; andererseits: RG. III 17. Apr. 80 N. 1 614, v. Schwarze § 61 N. 14, Nessel Antragsber. S. 41, Pfizer GS. 50 450, Bennecke-B. S. 235, die Frist beginne bezüglich jedes Beteiligten an dem Tage, an dem der Antragsberechtigte von seiner Beteiligung Kenntnis erlangt habe.

Wenn übrigens das zit. RG. E. 9 390 die Entscheidung der Frage für den Fall der sog. relativen Antragsverg. (§ 61 N. 8) offen läßt, so kann sie auch hier grundsätzlich nicht anders ausfallen, nur daß es auf die Kenntnis von der Person eines solchen Beteiligten ankommt, der zum Verletzten in dem persönlichen Verhältnis steht, während die Kenntnis von der Person eines anderen Beteiligten für die Berechnung der Antragsfrist außer Betracht bleiben muß; Frank § 61 N. VIII 3.

3) Es liegt kein Grund vor, das Prinzip des § 63 weiter auszuschließen, als in N. 1 u. 2 geschehen. Deshalb ist namentl. in den Fällen der §§ 247, 263, 292 (s. o. N. 1_2 u. § 61 N. 8) die Strafverfolgung gegen sämtliche nur auf Antrag verfolgbare Teilnehmer zulässig, wenn auch der Strafantr. nur gegen einen gestellt ist; RG. IV 17. Jan. 88, 28. Apr. 96, E. 17 246, 28 324 (beide btr. § 247), Berlin 17. Dez. 73 St. 3 347, Binding Hb. 1 638, Dochow HH. 4 267, Finger 1 198, Geyer 1 211, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 1, Fuchs Anklage S. 174, Köhler Strafantrag S. 80, Bennecke-B. S. 231; aM. Reber Antragsdel. S. 443. Auch hier wirkt der gegen einen beteiligten Angehörigen gestellte Antrag gegen alle, sollte „selbst der Antrag auf Nichtverfolgung rücksichtlich der anderen ausdrücklich gestellt sein" (Rubo § 64 N. 9), solange nur nicht die Straflosigkeit der übrigen Beteiligten geradezu zur Bedingung des Antrages gemacht wird (§ 61 N. 45 a); nur für diesen Fall kann der Antrag als wirkungslos erachtet werden. Ein Widerspruch mit § 64_2 ist nicht zu finden, weil hier, nach Zurücknahme des Strafantr. gegen einen, der Strafantr. gegen die anderen nur unter der Bedingung der Straflosigkeit jenes aufrechterhalten scheint, solche Bedingung aber, wie bemerkt, den Strafantr. wirkungslos macht.

Das Gesagte gilt namentl. auch bei den auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzgen und der Sachbeschädgg. (§§ 232, 303), trotzdem hier hinsichtlich der Zurücknahme zwischen

Digitized by Google

Angehörigen und Nichtangehörigen unterschieden wird (aM.: Binding Hb. I 639, Finger I 203), ja auch für § 232 i. V. mit Abs. 1 u. 2 des § 230, insofern selbst bei Stellung eines Antrages gg. einen solchen Beteiligten, dessen Verfolgung einen Antrag nicht erforderte, die Verfolgung gg. die anderen, im Strafantrage nicht bezeichneten, Beteiligten zulässig ist; RG. II 19. Nov. 89 E. 20 54.

Eine, jedoch für den eben erwähnten Fall eine Ausnahme erleidende, Folge der Unteilbarkeit des Antrages zieht § 64$_2$ (das. N. 14, 17).

4) Dagegen hat die im S. 2 des § 63 gezogene Folge eine Einschränkung zu erleiden; die Vorschrift nämlich, daß „das gerichtliche Verfahren gegen sämtliche Beteiligte 2c. stattfindet", hätte zu ihrer vollen Gültigkeit formeller Ergänzungsvorschriften bedurft, die aber in der StPO. nicht gegeben sind.

a) Was zunächst das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage anbetrifft, so gibt die StPO., außer der Beschwerde an die vorgesetzte Behörde gemäß StPO. § 152$_2$ (Stenglein StPO. § 423 N. 6), kein Mittel an die Hand, wodurch die StAschaft genötigt werden könnte, gegen sämtliche Beteiligte die öffentliche Klage zu erheben. Der Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung gegen einen der Beteiligten kann nach StPO. § 178 nicht deshalb abgelehnt werden, weil an der strafb. Hdlg. mehrere beteiligt seien, gegen die nach Stellung des Strafantr. gegen jenen die Strafverfolgung gemäß § 63 gleichfalls einzutreten habe; ebensowenig kann deshalb die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt werden, weil sie nach StPO. § 291 stattfinden muß, wenn der Angeschuldigte einer strafb. Hdlg. hinreichend verdächtig erscheint; RG. IV 5. Juli 92 E. 23 202, Finger I 197 N. 267, Frank N. II$_3$, Löwe-H. StPO. § 153 N. 3 b.

b) Ebenso liegt die Sache im Privatklageverfahren, da das Gericht nach StPO. § 423 über die Eröffnung des Hauptverfahrens „nach Maßgabe der Bestimmungen, welche bei einer von der StAschaft unmittelbar erhobenen Klage Anwendung finden", zu beschließen hat. So: Finger, Frank aO., Oppenh.-D. N. 5, Hüppner GS. 38 386. AM. Dochow HH. 4 276; ferner einerseits Rüd.-St. N. 6 (das Gericht habe das Verfahren so lange zu beanstanden, bis dasselbe gegen alle Beteiligten gerichtet werde), andererseits Kiehl G. 34 61 ff. (das Verfahren sei nach Mitteilung der Privatklage gegen alle Beteiligte zu eröffnen, ohne daß es dazu einer Ergänzung durch prozessuale Vorschriften bedürfe).

Mangels der entsprechenden formellen Vorschriften kommt daher dem S. 2 des § 63 nur die materielle Wirkung zu, daß durch den gegen einen Teilnehmer gestellten Antrag die Strafverfolgung sämtlicher übrigen Teilnehmer, deren Verfolgung durch einen Antrag bedingt war, ermöglicht ist.

5a) Die beigefügte Parenthese „(Täter und Teilnehmer)" erläutert den — auch im § 227$_1$ wiederkehrenden — Begriff der „an der Handlung Beteiligten" (T. I Abschn. 3 N. 5, 7). Personen, die, eine jede durch eine selbständige eigene Hdlg., gleichartiger strafb. Hdlgen sich schuldig gemacht, sowie solche, die bei demselben Vorfall gegeneinander Antragsdel., z. B. Beleidiggen, verübt haben, sind deshalb nicht darunter zu verstehen (Berlin 17. Feb. 75, 23. Nov. 77, O. 16 128, 18 740), wohl aber solche Personen, die ohne den zur Teilnahme nach §§ 47—49 erforderlichen Dolus durch ihr Zusammenwirken den gesetzwidrigen Erfolg herbeigeführt haben; RG. II 19. Nov. 89, 20. Feb. 00, E. 20 54, 33 161 (ersteres btr. § 230, letzteres btr. WarenzeichenschutzG. § 14); vgl. auch III 17. Feb. 96, 24. März 98, E. 28 175, 31 93, welche „Beteiligung" auch in diesem Sinne für Vergehen verschiedener Personen gg. NachdrucksG. v. 11. Juni 1870 §§ 18, 25 (jetzt LiterarG. §§ 38 ff.), bzw. gg. G. z. Bekämpfg. des unl. Wettbewerbes v. 27. Mai 1896 § 9$_{1,2}$ verneinen; aM. Köhler Strafantrag S. 127. Bei Beurteilung der Frage übrigens, wer als „an der Handlung Beteiligter" anzusehen sei, ist das zur Anklageerhebung berufene Organ unabhängig von der Auffassung des Antragstellers (§ 61 N. 42 f.), während das Gericht dagegen in gewissem Sinne und in gewissen Grenzen (N. 4) durch das Anklageorgan gebunden ist; Hüppner GS. 28 286.

b) Wer „Begünstiger" sei, erhellt aus § 257, woselbst N. 49 zu vergleichen, inwieweit Begünstgg. auf Antrag verfolgbar.

Digitized by Google

c) Da übrigens die Handlung in ihrer objektiven Gestalt, die „Tat", es ist, worauf der Strafantrag sich bezieht (§ 61 N. 40, insbs. Abs. 3), so erstreckt ein gegen den Täter gerichteter Strafantrag sich auf alle Teilnahme- u. Begünstigungshdlgen, auch wenn diese zeitlich dem Antrage nachfolgen; RG. III 5. März 88 E. 17 227.

§. 64.

Die Zurücknahme des Antrages ist nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen und nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urtheils zulässig.

Die rechtzeitige Zurücknahme des Antrages gegen eine der vorbezeichneten Personen hat die Einstellung des Verfahrens auch gegen die anderen zur Folge.

PrStGB. § 53. Entw. I § 57, II § 62. StB. S. 234—236.
Entw. d. StGN. Art. I § 64. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 787—790.

Zu § 64 Absatz 1. N. 1—13.

1) Vor der StGN. war die Zurücknahme unbedingt zulässig. Der Entwurf der StGN. schlug dagegen die jetzt zum Gesetz erhobene Fassung vor, gestattete aber im StGB. selbst die Zurückn. nur bei der Beleidgg. (§ 194), wogegen im RT. weitere Fälle hinzugefügt wurden, so daß nunmehr die Zurückn. in folgenden Fällen besonders vorgesehen ist:

a. unbedingt in den §§ 102, 103, 104, 194, 247, 292, 370, auch § 263 (wo er freilich überhaupt nur bei Angehörigen erforderlich),

b. sofern die Berg. gegen einen Angehörigen (§ 52_3) verübt sind, in den §§ 232 u. 303.

In diesem letzteren Falle muß das Angehörigkeitsverhältnis zur Zeit der Begehung der Vollendung der Tat vorliegen (§ 61 N. 8_3); so Berlin 21. Nov. 77 St. 8 170; aM. v. Schwarze N. 3 A. 1.

Das Recht der Zurückn. des Antrages, welches nach obigem die §§ 194 u. 232 gewähren, wird in keiner Weise dadurch beschränkt, daß die StAschaft auf Grund der StPO. § 416 wegen der nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidggen und Körperverletzgen die öffentl. Klage erhebt; RG. III 14. Apr. 80 N. 1 601.

2) Das Prinzip, wonach die Zurückn. nur im Falle ausdrücklicher gesetzlicher Gestattung zulässig ist, gilt allg. für alle Reichs- und Landesstrafgesetze und zwar auch für die älteren Gesetze derartig, daß die Zurücknahme nur da für zulässig zu erachten ist, wo sie durch Reichs- oder Landesgesetze ausdrücklich vorgesehen ist, wie in den Urheberrechtsgesetzen v. 9., 10., 11. Jan. 1876 §§ 16, 9 bzw. 14. Diese Auslegung entspricht den Motiven zur StGN. Art. I § 64 sowie den Ausführungen des Berichterstatters v. Schwarze in den Verhandlungen des RT. (StB. 1875/76 S. 789); Meves N. 1.

3) Das StGB. in seiner früheren Fassung gestattete die Zurückn. des Antrages gleichfalls „nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils"; allein es machte hiervon Ausnahmen, indem einerseits die §§ 176, 177 die Zurückn. untersagten, „nachdem die förmliche Anklage bei Gericht erhoben worden", andererseits § 194 dieselbe sogar „bis zum Anfange der Vollstreckung des Urteils" gestattete. Es ist nunmehr in den §§ 176, 177 das Erfordernis des Antrags überhaupt beseitigt, im § 194 aber eine Abweichung von der Regel nicht mehr zugelassen; auch StPO. § 431_1 erhält für den letzteren Fall keine Ausnahme (N. 21a).

Dagegen können in Landesgesetzen Ausnahmen vorkommen, indem die durch EG. § 2_2 (das. N. 13) in Kraft erhaltenen „besonderen Vorschriften" von der Regel des StGB. abweichende Bestimmungen treffen dürfen.

4) Entscheidend ist das erste „auf Strafe" lautende Urteil, gleichgültig in welcher Instanz es erging; RG. IV 21. Mai 89 E. 19 284 (insbs. f. d. Fall der Berufung gg. ein auf Strafe lautendes Urteil). Ein Urteil, wodurch der Angeklagte zwar für schuldig, aber „für straffrei" erklärt wird (§§ 199, 233), steht der Zurücknahme nicht entgegen; Geyer 1 112, Kronecker GS. 41 234, Steinitz Kompensation S. 73.

Digitized by Google

Erging ein auf Strafe lautendes Urteil, so ist die Zurückn. unbedingt unzulässig. Das gilt namentl., wenn es in einer höheren Instanz aufgehoben und die Sache zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen sein sollte (StPO. §§ 369, 394; RG. II 12. Nov. 80 E. 2 420, Binding Hb. 1 649, Geyer 1 212, Hälschner 1 720, Meves N. 5), und zwar selbst dann, wenn die Aufhebung wegen Unzuständigkeit des Gerichts (München 21. März 74 St. 3 278, Meves aO., Rüd.-St. N. 2) oder nach Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens erfolgte (StPO. § 413; RG. I 4. Dez. 82 E. 8 175). Es gilt jener Grundsatz ferner, wenn der von dem Berechtigten gestellte Antrag dem Richter z. B. der Verurteilung noch nicht bekannt, sondern diese auf Grund eines von einem irrig für berechtigt gehaltenen Dritten gestellten Antrages erfolgt war (Berlin 6. Dez. 76 O. 17 796).

5) Maßgebend ist die „Verkündung" des Urteils, nicht dessen Beschließung, so daß eine vor jener erfolgende Zurückn. statthaft ist und demgemäß das bereits beschlossene Urteil abgeändert werden muß.

Fraglich ist, ob die Zurückn. bis zum Beginne oder bis zur Beendigung der Urteilsverkündung statthaft ist. Im allgemeinen — so z. B. bei allen begrenzten Strafandrohungen — wird im StGB. das „bis zu" als „einschließlich" verstanden, wozu kommt, daß diese Auffassung die für den Angeklagten mildere ist. Die Zurückn. erscheint daher — wenn auch der Vorsitzende nach begonnener Urteilsverkündung nicht die Verpflichtung hat, sich unterbrechen zu lassen u. deshalb in der Lage ist, dem Verletzten, falls er die Zurücknahme in jenem Stadium erklären will, das Wort abzuschneiden — an sich bis zum Schlusse der Verkündung zulässig. So: Oppenh.-D. N. 12, 13, Rubo N. 7. AM.: Binding Hb. 1 649, Berner S. 339, Dochow HH. 4 282, Finger 1 204, Geyer 1 212, H. Meyer S. 313, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 6 A. 4, Köhler Strafantrag S. 155. Nur dann wird die Zurücknahme nicht mehr für zulässig zu erachten sein, wenn die Urteilsformel verlesen ist (StPO. § 267), weil hierin das Wesentlichste der Urteilsverkündung liegt, derartig, daß die Unterlassung der Verkündung der Urteilsgründe die Revision nicht zu begründen vermag; auf die Beendigung der Verkündung der Gründe kann es daher nicht ankommen.

6) Der Erlaß eines amtsrichterl. Strafbefehls, einer polizeil. Strafverfügung oder eines Strafbescheides seitens einer Verwaltungsbehörde (StPO. §§ 447 ff., 453 ff., 459 ff.), steht einem auf Strafe lautenden Urteile nicht gleich, da die Straffestsetzungen durch Einspruch bzw. Antrag auf gerichtliche Entscheidung beseitigt werden können; sie haben daher nur den Charakter eines bedingten Urteils, das freilich durch Nichterhebung des Einspruchs 2c. die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt und dann als ein auf Strafe lautendes Urteil anzusehen ist; Oppenh.-D. N. 10, Köhler Strafantrag S. 156.

7) Zur Zurückn. berechtigt ist — abgesehen von den Fällen eintretender Bevormundung des Antragstellers bzw. vom Wechsel im Organ (§ 65 N. 21) — nur der, welcher den Antrag gestellt hat; so die GM. Daraus folgt insbs.:

a. daß der amtliche Vorgesetzte nicht den vom Untergebenen gestellten Antrag wirksam zurücknehmen kann, und umgekehrt, daß eine Zurückn. seitens des letzteren den Antrag des Vorgesetzten nicht berührt (§ 196 N. 1); so: Hälschner 1 719 N. 4, Oppenh.-D. § 196 N. 22, Neffel Antragsber. S. 63; aM. für den ersteren Fall Dochow HH. 4 281 N. 1;

b. daß die Erben (§ 61 N. 20) nicht den von ihrem Erblasser gestellten Antrag zurücknehmen dürfen; so die GM.; aM.: Rubo N. 2, v. Schwarze N. 12. Freilich ist im Falle erhobener Privatklage den Erben die Fortsetzung der Klage nur ausnahmsweise nach Maßgabe der StPO. § 433_2 gestattet; s. jedoch u. N. 20_2.

Stellvertretung ist bei der Zurücknahme nach denselben Grundsätzen wie bei der Stellung des Antrages zulässig; vgl. deshalb § 61 N. 15 ff. War der Antrag gültig von einem Vertreter im Willen (§ 61 N. 17) gestellt, so folgt daraus noch nicht unbedingt die Befugnis des Vertreters zur Zurücknahme des Antrages, vielmehr kommt hier der Inhalt der Vollmacht in Betracht; vgl. Frank N. II 1.

8) Da das Recht zur Zurückn. eines Strafantr. im § 64 hinsichtlich der Person des Antragstellers nicht beschränkt ist, so können auch Landesgesetze in dieser Beziehung

Digitized by Google

keine nach außen hin — d. h. hinsichtlich der Gültigkeit der Zurückn. — wirksamen Beschränkungen festsetzen, es sei denn, daß es um die durch EG. § 2, in Kraft erhaltenen „besonderen Vorschriften" sich handele (§ 61 N. 3).

9) Derjenigen Behörde gegenüber, die zur Zeit der Zurückn. mit der Sache befaßt war, muß naturgemäß die Zurückn. erfolgen, denn bei ihr soll diese ihre Wirkung äußern; RG. II 26. Jan. 83 E. 8 79, München 21. Apr. 73, Stuttgart 26. Apr. 76, St. 2 310, 6 164, Hälschner 1 720, Meves N. 3, Neffel Antragsber. S. 68. Dabei ist jedoch selbstverständlich, daß es nur auf den richtigen Eingang der Erklärung bei der zuständigen Behörde ankommt, während jene selbst bei einer anderen Behörde behufs Weitergabe verlautbart werden kann (N. 10); RG. IV 7. Feb. 93 G. 41 28. Im übrigen ist von Bedeutung, ob das Hauptverfahren bereits eröffnet ist oder nicht. Vor Eröffnung des Hauptverfahrens ist jedenfalls eine bei der StAschaft erfolgte Zurücknahme wirksam; zit. RG. E. 8 79. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens aber muß die Zurückn. dem Gerichte, vor dem die mündliche Verhandlung stattfindet, vor Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zur Kenntnis gekommen sein; so: Berlin 8. Mai 74, 9. Feb. 77, St. 4 12, 7 20, Meves N. 5, Oppenh.-D. N. 15; aM.: Rubo N. 8, Rüd.-St. N. 3.

10) Über die Form, in welcher die Zurückn. des Strafantr. erfolgen muß, hat das Gesetz keine Bestimmungen getroffen; denn StPO. § 156, bezieht sich nur auf die Stellung des Strafantr. (§ 61 N. 21); für die Zurückn. genügt daher jede Form, sobald nur erhellt, daß die Zurücknahmeerklärung für diejenige Behörde bestimmt ist, die zur Zeit ihrer Abgabe mit der Sache befaßt war; RG. II 26. Jan. 83 E. 8 79, Binding Hb. 1 651. Unter dieser Voraussetzung ist auch eine bei der Polizeibehörde mündlich erklärte und wg. vermeintlicher Unzulässigkt. nicht protokollierte u. weitergegebene Zurücknahme rechtswirksam; RG. IV 7. Feb. 93 E. 41 28.

11) Inhaltlich (§ 61 N. 38) ist nur zum Ausdruck zu bringen, daß der Antragsteller die Bestrafung bzw. strafrechtl. Verfolgung nicht mehr will; ROHG. 12. Sept. 73 Entsch. 11 114. Ob in der Erklärung, daß dem Antragsteller „an der Bestrafung des Angekl. nichts liege", ein solcher Wille zum Ausdruck gelangt sei, wird Sache der Auslegung sein.

Bezüglich der Zusätze zu einer Zurücknahmeerklärung, insbs. der Bedingungen, Vorbehalte und Beschränkungen, gilt das in dieser Beziehung bezüglich der Stellung des Antrages Bemerkte entsprechend; vgl. deshalb § 61 N. 44 ff.

Auf das Motiv (§ 61 N. 48,) für die Zurückn. kommt nichts an (Stuttgart 23. Mai 77 St. 7 258), weshalb es auch gleichgültig ist, ob sie gegen Entgelt erfolgte.

12) Die Folgen einer endgültigen Zurückn. äußern sich:

a. positiv dahin, daß bezüglich der weiteren Verfolgung ebenso verfahren werden muß, als ob niemals ein gültiger Strafantr. vorgelegen hätte; vgl. deshalb § 61 N. 57, insbs. das dort zit. RG. N. 10 32, sowie N. 58a, insbs. das dort zit. E. 32 280, die Zurücknahme des Strafantrages, soweit sie zulässig ist, z. B. bei § 370 Nr. 5, schließe die Verurtlg. wg. eines Antragsdeliktes nicht aus, wenn bezüglich dieses die Zurücknahme nicht zugelassen ist; ebenso Finger 1 201 N. 276. Kommt es danach zur „Einstellung" des Verfahrens gemäß StPO. § 259, so hat das in der Hauptvhdlg. durch Urteil zu geschehen. Vor der Hauptvhdlg. kann solches im Falle des Einverständnisses der StAschaft durch Beschluß erfolgen; so: München ObersteLG. 11. Nov. 02 E. 3 93, Löwe-H. StPO. § 259 N. 11; aM.: Rüd.-St. N. 11a, Köhler Strafantrag S. 134. Im übrigen vgl. N. 15;

b. negativ dahin, daß die Antragsberechtgg. für erschöpft zu erachten ist, so daß nach einmal erfolgter Zurückn. diese nicht widerrufen, ein gültiger Antrag, nachdem er einmal zurückgenommen, aber nicht wieder gestellt werden kann; eine schrankenlose Willkür würde dem Charakter der öffentlichen Strafrechtspflege, die auch gegenüber den Antragsdel. stattfindet, widersprechen, so daß es einer ausdrücklichen Vorschrift in dieser Beziehung nicht bedarf. So: RG. II 1. Apr. 81, 13. Jan. 03, N. 3 181, E. 36 64, ROHG. 12. Sept. 73 Entsch. 11 114, Berlin 14. Apr. 71, 3. Okt. 73, O. 12 202, 14 598, Dresden 29. Sept. 71, 27. Aug. 77, St. 1 70, 7 292, München 21. März 74 St. 3 279, Stuttgart 23. Mai 77 St. 7 258, Berner S. 339, Binding Hb. 1 651, Dochow HH. 4 280, Hälschner 1 721, v. Liszt S. 200,

Digitized by Google

H. Meyer S. 315, Schütze S. 171 f., Meves N. 6c, Oppenh.-D. N. 26, Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 7, Köhler Strafantrag S. 163. AM.: Frank N. V (die Stellung eines neuen Strafantr. sei zulässig), Rubo N. 11, Nessel Antragsber. S. 71. Stenglein GS. 35 312.

Vgl. übrigens § 198 N. 5, nach dem ein Wiederaufleben der erloschenen Antragsberechtgg. in anderer Art vorkommt.

13) Bezüglich der Wirkungen einer Verzeihung sowie eines Verzichtes bzw. Vergleichs gilt die Ausführung in N. 49 zum § 61 entsprechend; außerdem vgl. u. N. 20, soweit eine Privatklage angestellt ist.

Zu § 64 Absatz 2. N. 14—18.

14) Abs. 2 zieht lediglich eine Folgerung aus dem im § 63 aufgestellten Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrages; wenn diese in Abweichung vom Entw. I, ausdrücklich ausgesprochen ist, so sollte hierdurch jede Möglichkeit der Umgehung des Prinzips abgeschnitten werden; Motive z. Entw. II § 62 u. z. StGN. Art. I § 64.

15) Die rechtzeitige Zurückn. des Antrages „gegen eine der vorbezeichneten Personen" — d. h. gegen einen „an der Handlung" — als Täter oder Teilnehmer — „Beteiligten" (§ 63) — hat die Einstellung des Verfahrens „auch gegen die anderen" zur Folge, d. h. gegen diejenigen anderen, die gleichfalls nur auf Antrag verfolgt werden können; daß der Satz lediglich mit dieser Beschränkung zu verstehen ist, folgt aus der Natur der Sache, da die übrigen Beteiligten eben von Amts wegen verfolgt werden müssen. Setzt hiernach auch § 64$_2$ zu seiner Anwendung nicht notwendig eine Hdlg. voraus, die um ihrer selbst willen und nicht bloß wegen des besonderen persönlichen Verhältnisses des Handelnden zu einer bestimmten anderen Person nur auf Antrag bestraft werden soll (so aber RG. I 19. Dez. 81 E. 5 274), so doch wenigstens, daß im Falle eines relativen Antragsdel. (§ 61 N. 8) mehrere an der Hdlg. Beteiligte vorhanden sind, die in einem derartigen persönlichen Verhältnisse stehen; denn die Zurückn. des Antrages hat in solchen Fällen — z. B. des § 247 (s. o. N. 1a) — nach dem oben Bemerkten die Einstellung der Verfolgung gegen nicht in jenem Verhältnisse stehende Beteiligte nicht zur Folge; so auch zit. RG. E. 5 274.

16) Voraussetzung der Einstellung des Verfahrens „gegen die anderen" ist nach N. 15 Zurückn. des Antrages gegen einen „an der Handlung Beteiligten". Wird daher der in Wahrheit gegen einen „Nichtbeteiligten" gestellte Antrag zurückgenommen, so hat das nicht die Wirkung der Einstellung des Verfahrens gegen die wirklich Beteiligten; so: Berlin 12. Dez. 76 St. 7 18, H. Meyer S. 314 N. 81, Oppenh.-D. N. 19, Rüd.-St. § 63 N. 7, Hüppner GS. 38 391; aM. auch Frank N. III, insofern er es für Auslegungsfrage erachtet, in welchem Sinne die Zurücknahme gemeint sei, sowie Köhler Strafantrag S. 153. Gegen diese hat daher ev. das Verfahren nach Maßgabe der Ausführung in N. 42 zum § 61 weiteren Fortgang zu nehmen. Dagegen hat die Zurückn. die im Abs. 2 bezeichnete Wirkung, wenn sie bezüglich eines an der Hdlg. Beteiligten erfolgt, mag auch solches in der irrtümlichen Meinung von dessen Unschuld geschehen sein; denn das Motiv zur Zurückn. ist unerheblich (N. 11$_3$); so zit. Berlin St. 7 18.

17) Als weitere Folge der im Abs. 2 aus dem Grundsatz des § 63 gezogenen Folgerung ergibt sich:

a) Ist gegen einen Beteiligten bereits ein auf Strafe lautendes Urteil verkündet, so kann der Strafantr. bzgl. der anderen wirksam nicht zurückgenommen werden; so: Berlin 20. Jan., 3. März, 1. Juni 75, O. 16 54, 178, 406, Binding Hb. 1 649 N. 9, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 15, v. Schwarze N. 6, Reber Antragsdel. S. 519; aM. München 14. Nov. 74 St. 4 266.

b) Ist in einer früheren Untersuchung bereits gegen einen Beteiligten der Strafantr. zurückgenommen worden, so kann eine neue Untersuchung gegen einen anderen Beteiligten auf Grund eines gegen diesen gestellten Strafantr. nicht eingeleitet werden; so Meves N. 6c; aM. Dresden 22. Feb. 75 St. 5 265.

18) Der Abs. 2 erleidet jedoch eine Ausnahme in den Fällen der §§ 232$_2$, 303$_4$; denn wenn hier der Antrag gegen einen Angehörigen zurückgenommen wird, so muß das Verfahren gegen die gleichfalls nur auf Antrag zu verfolgenden beteiligten Nichtangehörigen weiter gehen, da der Antrag hinsichtlich dieser kraft der angeführten Sonderbestimmungen

Digitized by Google

nicht zurückgenommen werden darf; Binding Hb. 1 649 N. 9, Finger 1 205, Hälschner 1 721, Frank N. IV 2, Meves N. 6b, v. Schwarze N. 8. Es kann hierdurch eine Umgehung des § 63 (das. N. 3) herbeigeführt werden; Geyer 1 212; vgl. auch Finger 1 201 N. 276.

Prozessuales; Zurücknahme der Privatklage. N. 19—21.

19) Bezüglich der Feststellung der Zurückn. eines Strafantr. gilt das in der 5. Aufl. des Kommentars N. 63 zum § 61 Bemerkte entsprechend.

„Erfolgt eine Einstellung des Verfahrens" — wegen deren Form s. o. N. 12a — „wegen Zurücknahme desjenigen Antrages, durch welchen dasselbe bedingt war, so hat der Antragsteller die Kosten zu tragen" (StPO. § 502), worunter auch die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zu verstehen sind; Löwe-H. StPO. § 502 N. 3.

20) Gegenüber den Bestimmungen der StPO. in §§ 431_1 u. 432 ist zunächst hervorzuheben, daß Erhebung einer Privatklage und Stellung eines Strafantrages verschiedene Dinge sind, wenn auch jene den letzteren notwendig einschließt (§ 61 N. 38). Durch Stellung des Strafantr. wird die, bis dahin fehlende, für die Strafverfolgung erforderliche zweite Bedingung gesetzt (§ 61 N. 48), dagegen ist die Privatklage der eine Weg der nunmehr zulässigen Verfolgung, während die öffentl. Klage der andere ist; so RG. II 20. Apr. 83, IV 21. Mai 89, E. 8 207, 19 284; aM. Binding Hb. 1 650, die Privatklage sei, falls nicht der StA. seine Bereitwilligkeit erkläre, die einzige Form, in welcher der erforderliche Antrag gestellt werden könne.

Aus der inneren Verschiedenheit beider Institute erklärt es sich, daß, während ein die Stellung eines Strafantr. betreffender Verzicht die Gültigkeit des trotzdem gestellten Strafantr. nicht beeinträchtigt (§ 61 N. 49b), nach StPO. § 420 nicht zu bezweifeln ist, daß das Recht auf Erhebung einer Privatklage Gegenstand eines Vergleichs sein könne; so: RG. IV JS. 24. Okt. 98 E. JS. 42 60, Oppenh.-D. § 61 N. 12, Löwe.-H. StPO. § 420 N. 5a; aM. Blome G. 41 24 ff. Ist aber auch die Privatklage durch einen Vergleich ausgeschlossen, so ist dadurch das Recht der StAschaft auf Strafverfolgung mittels öffentlicher Klage auf Grund vorliegenden Strafantr. nicht berührt; so: H. Meyer S. 306 N. 37, Geyer Strafprozeß S. 860; aM.: v. Kries S. 725, Keller StPO. § 420 N. 8, Löwe-H. aO., Stenglein StPO. § 420 N. 4, weil hier, wo das Gesetz den Vergleichsversuch erzwinge, die Absicht nur die sein könne, den Straffall gänzlich zu beseitigen. Vgl. auch § 65 N. 3.

21) Was speziell die Zurücknahme einer Privatklage betrifft, so schließt diese keineswegs die Zurückn. des in ihr ausdrücklich oder auch nur der Natur der Sache nach enthaltenen Strafantr. in sich; die Zurückn. der Privatklage bringt nur das unbedingt zum Ausdruck, daß Privatkläger den von ihm eingeschlagenen Weg der Strafverfolgung nicht weiter beschreiten wolle; dagegen ist mit Stellung des Strafantr. die dem Verletzten zustehende Antragsberechtigung gewahrt und deren Aufgabe nur dann anzunehmen, wenn die Zurückn. klar ausgesprochen ist, was bei Zurückn. der Privatklage, die in ganz anderem Sinne erfolgen kann, keineswegs der Fall ist. So im wesentlichen: H. Meyer S. 315, v. Liszt S. 200 N. 13, Lucas S. 213, Oppenh.-D. N. 3, Rosenfeld S. 432, Köhler Strafantrag S. 161; so prinzipiell auch Frank N. II 2, der nur abweichend (s. u. b) annimmt, daß im Zweifel in der ausdrücklichen Zurückziehung der Privatklage auch die des Strafantrages zu finden sei. AM.: RG. II 20. Apr. 83 E. 8 207 (s. jedoch u. b), Binding Hb. 1 650, Finger 1 205, Hälschner 1 720, 2 10, Dochow HH. d. Strafpr. 2 362, Freudenstein Ehrenkr. S. 185. Im einzelnen ergibt sich hieraus folgendes:

a) Die StPO. $§ 431_1$ enthält hinsichtlich der Frist, innerhalb welcher die Zurückn. des Strafantr. gültig erfolgen kann, keine Ausnahme von $§ 64_1$ (s. o. N. 3).

b) Die Zurückn. der Privatklage hindert, trotz der Vorschrift der StPO. § 432, nicht unbedingt die weitere Strafverfolgung; diese kann vielmehr im Wege der öffentl. Klage fortgesetzt bzw. neu aufgenommen werden. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß die Zurückn. des Strafantr. nach § 64 überhaupt, wie z. B. bei der seitens eines Nichtangehörigen verübten Körperverletzg. (N. 1b), ausgeschlossen ist oder, weil bereits ein auf Strafe lautendes Urteil erging, nicht mehr zulässig ist, sondern nach dem eingangs Bemerkten auch dann, wenn der Strafantr. gültig zurückgenommen werden konnte (es sei denn, daß bei

Digitized by Google

der Zurückn. der Privatklage auch die Absicht der Zurückn. des Strafantr. klar erhellt); so: Dresden OLG. 28. Feb. 95 SächsA. 16 291, Geyer 1 209, Oppenh.-D. N. 3, Rosenfeld S. 431, während RG. zit. E. 8 207, IV 21. Mai 89 E. 19 284 sowie Löwe-H. StPO. § 431 N. 1 b solches nur für die ersteren Fälle annehmen, nicht aber für den letzten; wg. der Ansicht von Frank s. o. Abs. 1.

In dem Widerruf der Anschlußerklärung des Nebenklägers (StPO. § 443) ist die Zurücknahme des Strafantr. nicht zu sehen, da sie — wie die GM., insbs. RG. III 18. Juni 83 E. 8 384, mit Recht annimmt — sogar wiederholt werden kann, obschon der auf Zuerkennung einer Buße gerichtete Antrag nach der Zurückn. nicht erneuert werden darf; StPO. § 444$_2$.

c) Die Zurückn. der Privatklage kann gegen einzelne an der Handlg. Beteiligte erfolgen, ohne daß darum das Verfahren auch gegen die anderen eingestellt werden muß; Meves N. 8.

§. 65.

Der Verletzte, welcher das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung berechtigt. So lange er minderjährig ist, hat unabhängig von seiner eigenen Befugniß auch sein gesetzlicher Vertreter das Recht, den Antrag zu stellen.

Ist der Verletzte geschäftsunfähig oder hat er das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so ist sein gesetzlicher Vertreter der zur Stellung des Antrages Berechtigte.

PrStGB. § 54. Entw. I § 58, II § 63. StB. S. 236.

Entwürfe des EGBGB.: I Art. 16, Bundesratsvorl. Art. 8 III, RTvorl. Art. 33 III.

Achtzehnjähriger,
Antragsberechtigg. 2, 8, 20 a,
Prozeßfähigkeit 5.
Analogie 16, 17.
Antragsberechtigg., ausschließl. 13,
selbständige 9, 18.
Bevormundung 11.
Fristberechnung 19, 20.
Geisteskranker 11,
bevormundeter 11 b,
nichtbevormundeter 11 a, 12,
Geschäftsunfähigkeit 10, 11.
Geistesschwacher 11 b, 12.
Kenntniserlangung 19.
Minderjähriger 4,
über 18 Jahre 10.
Nachweis d. Gültigk. d. Antr. 17.
Selbständigkeit d. Antragsberechtigungen 9, 20 a.
Sukzession in eine Antragsberechtigung 20 b, c.
Taubstummer 14_2, 16.
Trinker 14_1.
Verhinderung z. Antragstllg. 6.
Verschwender 14_1.
Vertreter, gesetzl. 5, 17,
ordentl., außerordentl. 6, 20 c,
Antragsberechtigg. 9, 20 a,
Aufhören ders. 15.
Vertreter, gesetzlicher 5,
Erlöschen d. Antragsberechtig. 15,
Stellvertretung 6,
Unterlassen d. Antragstellg. 7,
Verhinderung 6 a, b.
Zurücknahme des Antrages durch einen anderen 21.

1) Während noch Art. 16 des Entw. I des EGBGB. eine abweichende Fassung in Aussicht nahm, ist in Übereinstimmung mit den Entwürfen nach der Bundesratsvorl. Art. 8 III u. nach der RTvorl. Art. 33 III durch Art. 34 III EGBGB. die jetzige Fassung des § 65 zum Gesetz erhoben, wonach, indem Satz 1 des Abs. 1 gleich lautet mit dem früheren Abs. 1, an Stelle der früheren Absätze 2 u. 3:

„Solange der Verletzte minderjährig ist, hat der gesetzliche Vertreter desselben, unabhängig von der eigenen Befugnis des Verletzten, das Recht, den Antrag zu stellen.

Bei bevormundeten Geisteskranken und Taubstummen ist der Vormund der zur Stellung des Antrages Berechtigte."

der neue Text trat, nach dem der § 65 überhaupt nur in 2 Absätze zerfällt.

Zu § 65 Absatz 1. N. 2—9.

2) Der „Verletzte" (§ 61 N. 10 ff.), welcher „das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat", ist selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung berechtigt. Wg. Vollendung des 18. Lebensjahres vgl. § 55 N. 3; ebenso Frank N. 1, auch Köhler Strafantrag S. 57, die jedoch beide noch BGB. § 188 anziehen.

Daß der Verletzte, welcher das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, zur Antragstellung nicht befugt ist, ergibt sich direkt aus der Fassung des Abs. 2; vgl. oben N. 15.

3) Nach dem an sich klaren Wortlaut des Gesetzes ist der achtzehn Jahre alte Minderjährige als solcher antragsberechtigt, ohne Rücksicht darauf, ob die strafb. Hdlg. zu einer

Digitized by Google

Zeit stattgefunden, in welcher er das achtzehnte Lebensjahr bereits vollendet hatte oder nicht; entscheidend ist der Zeitpunkt der Antragstellung; Binding Hb. 1 627, Frank N. 1, v. Schwarze N. 4, Nessel Antragsber. S. 58, Reber Antragsdel. S. 465. Wegen der Fristberechnung, falls der Minderjährige innerhalb der Antragsfrist seines Vertreters das achtzehnte Lebensjahr vollendet, s. N. 20a.

Mit der Antragsberechtgg. erwirbt der achtzehn Jahre alte Verletzte nicht zugleich die Prozeßfähigkeit und damit die Befugnis zur Erhebung der Privatklage; letztere ist vielmehr durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen wahrzunehmen (St.-PO. § 415$_2$); v. Schwarze N. 1 u. Erörtergen S. 29, Löwe-H. StPO. § 414 N. 5. Es zeigt sich auch hierin der Unterschied zwischen Strafantr. und Privatklage; vgl. § 64 N. 20 f.

4) Solange der Verletzte „minderjährig" (§§ 174[1], 235, 237, 301) ist, hat unabhängig von seiner eigenen Befugnis sein gesetzlicher Vertreter eine selbständige Antragsberechtgg. Ob ein Verletzter noch „minderjährig" sei, beurteilt sich nach seinem Heimatsrechte; Binding Hb. 1 628 N. 9; vgl. auch Internat. Abkommen zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige v. 12. Juni 1904 (RGBl. 1904 S. 240) Artt. 1, 5. Für Deutsche ist das BGB. entscheidend, nach dessen § 2 die Volljährigkeit mit der Vollendung des 21. Lebensjahres eintritt, während nach § 3 Abs. 1 ein Minderjähriger, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, für volljährig erklärt werden kann. Da ein solcher Minderjähriger schon nach S. 1 des Abs. 1 das Antragsrecht hat, so ist zwar für dessen Erwerbung die Volljährigkeitserklärung ohne Bedeutung, aber sie äußert ihre Wirkung dahin, daß das selbständige Antragsrecht des — bisherigen — gesetzlichen Vertreters in Wegfall kommt. In Betracht kommen auch noch die Artt. 57 f. des EGBGB. btr. des Privatfürstenrechts u. des Rechts des hohen Adels. Über die Berechnung der Vollendung des 21. Lebensjahres entscheidet BGB. § 187 Abs. 2 S. 2 dahin, daß mit Anbruch des Geburtstages die Volljährigkeit eingetreten ist.

5) „Der gesetzliche Vertreter" des Minderjährigen ist antragsberechtigt. Wer der gesetzliche Vertreter sei, bestimmt das BGB. Es ist nach § 1626 der Inhaber der elterlichen Gewalt, deshalb in Fällen der Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt oder während ihres Ruhens nach § 1685 die Mutter (vgl. Witte G. 47 195, der ihr jedoch btr. aller gegen die Person des Kindes gerichteten strafb. Handlungen weitergehende Rechte einräumt), ev. nach § 1773, wenn der Minderjährige nicht unter elterlicher Gewalt steht oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind, der Vormund. An Stelle des Gewalthabers oder des Vormundes tritt nach § 1909 Abs. 1 für Fälle der Verhinderung (N. 6) der Pfleger, der nach Abs. 3 aber auch dann zu bestellen ist, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft vorliegen, ein Vormund aber noch nicht bestellt ist.

Ein der Mutter nach BGB. §§ 1687 f. „für alle Angelegenheiten" bestellter „Beistand" ist aber in dieser Eigenschaft nicht gesetzl. Vertreter der minderj. Kinder der Mutter; RG. IV 26. Okt. 00 G. 47 440.

6) Bezüglich der Stellvertretung des „gesetzlichen Vertreters" gelten zunächst, soweit es um eine Beauftragung seitens des letzteren sich handelt, die allg. Grundsätze; vgl. deshalb § 61 N. 15 ff. sowie RG. I 8. Okt. 85 E. 12 415, Berlin 10. Apr. 78 O. 19 210, die vom Vater mit Vertretung der Kinder in seiner Abwesenheit beauftragte Mutter habe, als Ausfluß dieser Vertretung, die Befugnis zur Stellung des Antrages.

Daß an Stelle des ordentlichen „gesetzlichen Vertreters" kraft gesetzlicher Vorschrift des § 1909$_1$ BGB. ein Pfleger zu treten habe, wenn der Gewaltinhaber u. Vormund an der Stellung des Strafantrages für den Minderjährigen verhindert sind, wurde bereits in N. 5 erwähnt. Liegt ein Antrag seitens eines formell gültig bestellten Pflegers vor, so kann vom Strafrichter nicht in tatsächlicher Beziehung nachgeprüft werden, ob die Bestellung materiell gerechtfertigt war (RG. III 9. Jan. 90, I 28. Nov. 01, G. 37 438, 48 447), wohl aber ist dem Strafrichter die Prüfung unbenommen, ob zur Aufstellung des Pflegers ein gesetzlicher Grund gegeben sei; RG. IV 23. Dez. 01 E. 35 47.

Digitized by Google

Dementsprechend ist ein „Pfleger" des Minderjährigen zum Zwecke der Antragstellung zu bestellen:

a. bei tatsächlicher Verhinderung des ordentlichen „gesetzlichen Vertreters" durch Abwesenheit (Berlin 10. Juni 74 O. 15 374), aber auch wohl, wenn nicht feststeht, ob der Minderjährige bereits einen „gesetzlichen Vertreter" habe (vgl. RG. II 6. Mai 81 E. 4 145 btr. des früheren Pr. Rechts);

b. bei rechtlicher Verhinderung des ordentlichen „gesetzlichen Vertreters" infolge Widerstreits seiner Interessen mit denen des vertretenen Minderjährigen. Eine solche rechtliche Verhinderung, d. h. rechtliche Unmöglichkeit, das Interesse des Vertretenen wahrzunehmen (§ 46 N. 11 b), liegt aber nicht schon dann vor, wenn er Angehöriger (§ 52_2) derjenigen Person ist, gegen die der Antrag zu richten sein würde; die Möglichkeit einer Kollision zwischen den Pflichten des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen und seiner Stellung als Angehörigen 2c. zu dem Täter (z. B. als Ehemann der Mutter des bevormundeten Kindes) wird oft gegeben sein, und diese macht den Vertreter zur Wahrnehmung seiner Rechte und Pflichten keinesfalls als solchen untauglich; vgl. RG. III 7. Dez. 81 E. 5 190. Vielmehr wird eine solche rechtliche Verhinderung nur dann anzunehmen sein, wenn das Interesse des Verletzten mit dem seines gesetzlichen Vertreters derartig widerstreitet, daß der Strafantr. gegen letzteren selbst zu richten sein würde; solche Fälle betreffen: Berlin 7. März 72, 9. Dez. 74, St. 1 263, 4 268, 14. März 77 O. 18 207.

7) Wenn der gesetzliche Vertreter die Antragstellung unterläßt (versäumt), so zieht das die im § 61 (das. N. 50) vorgesehene Rechtswirkung nach sich, gleichviel ob die Unterlassung eine absichtliche oder unabsichtliche war, ob sie pflichtwidrig oder nicht pflichtwidrig geschah; RG. III 7. Dez. 81 E. 5 190. Gleiches gilt für den Fall der Zurücknahme (§ 64) eines gestellten Antrages; RG. II 13. Jan. 03 E. 36 64.

Die pflichtwidrige Unterlassung der Antragstellung (bzw. Zurücknahme eines gestellten Antrags) seitens des gesetzlichen Vertreters wird unter Umständen zur Entziehung der Vertretungsbefugnis führen können. Dagegen erscheint es nach BGB. nicht zulässig, daß dem pflichtwidrigen (nicht verhinderten) Vertreter lediglich behufs Antragstellg. ein Pfleger zur Seite gesetzt werde; vgl. BGB. §§ 1909 ff.

8) Keine Ausnahme von dem Grundsatze des Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 enthält § 170_2 (das. N. 7 a).

9) Die Antragsberechtggen des 18 Jahre alten Minderjährigen und seines gesetzlichen Vertreters laufen, worüber der Wortlaut keinen Zweifel läßt, völlig selbständig nebeneinander her. Die Geltendmachung der einen Berechtigung schließt die der anderen nicht aus, wenn dabei auch in der Regel die besondere Wirkung einer jeden Berechtigung nicht zutage tritt.

Die Folgen dieser Selbständigkeit zeigen sich namentl. darin, daß die Antragsfristen von der Kenntnis eines jeden der beiden Antragsberechtigten (§ 61 N. 28 ff.) für sich zu berechnen sind, daß jeder einzelne die Frist versäumen kann, ohne daß dadurch die Berechtigung des anderen berührt wird, sowie endlich, daß der Strafantrag von einem zurückgenommen werden kann, ohne daß die Strafverfolgung bei vorliegendem Antrage des anderen deshalb einzustellen wäre.

Wegen anderer nebeneinander bestehender selbständiger Antragsberechtggen vgl. §§ 195 N. 1 b, 196 N. 1, 232.

Zu § 65 Abs. 2. N. 10—14.

10) Der Abs. 2 findet Anwendung, falls der Verletzte „geschäftsunfähig" ist oder das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Für den Fall, daß der Verletzte nicht das 7. Lebensjahr vollendet hat, ist angesichts der Nr. 1 des § 104 BGB. sein gesetzlicher Vertreter aus jedem der beiden Gründe des Abs. 2 der alleinige Antragsberechtigte. Hört die Geschäftsunfähigkeit auf, so ist der Verletzte allein antragsberechtigt, es sei denn, daß er noch minderjährig ist (Abs. 1). Vollendet der Minderjährige das 18. Lebensjahr (N. 2), so tritt seine Antragsberechtigung neben die bisher ausschließliche seines gesetzlichen Vertreters (vgl. deshalb N. 5).

Digitized by Google

11) Was speziell die „Geschäftsunfähigkeit" betrifft, so liegt diese, abgesehen von dem N. 10 erwähnten Falle, nach dem maßgebenden (RG. IV 18. Jan. 01 E. 34 98) BGB. vor, wenn der Verletzte:

a. in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit sich befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (BGB. § 104 Nr. 2); vgl. § 51 N. 8 bzw. N. 4—6;

b. wegen Geisteskrankheit entmündigt ist (BGB. § 104 Nr. 3). Eine Entmündigung wg. Geistesschwäche (BGB. § 6 Nr. 1) begründet nur eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, keine Geschäftsunfähigkt. Hat eine Entmündigung nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO. §§ 645 ff. stattgefunden, so ist daher von Bedeutung für das Antragsrecht, aus welchem jener beiden Gründe die Entmündigung erfolgte.

Als „gesetzliche Vertreter" des Geschäftsunfähigen kommen in Betracht: der Pfleger (BGB. § 1909_3), der vorläufige Vormund (das. § 1906; vgl. RG. IV 18. Jan. 01 E. 34 98), bzw. für den bevormundeten Volljährigen sein Vormund (das. § 1896).

12) Erfolgte die Entmündigung wegen Geistesschwäche oder hat eine Entmündigung überhaupt nicht stattgefunden, so ist es, wenn der Geisteszustand des Verletzten zur Zeit der Antragstellung wegen der Entmündigung oder sonst Bedenken erregt, Gegenstand der tatsächlichen Beurteilung, ob er sich — und zwar nicht bloß vorübergehend — in einem seine freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand (BGB. § 104 Nr. 2), was auch bei bloßer Geistesschwäche möglich ist. Wird die Frage bejaht, so ist der gesetzl. Vertreter des Verletzten antragsberechtigt; aM. das N. 11 zit. RG. E. 34 98 (solange ein für die Rechtsstellung des Vormundes maßgebender amtsgerichtl. Beschluß in Kraft stehe, sei im Strafverfahren für die Annahme einer Geschäftsunfähigkeit des Verletzten, soweit hiervon die selbständige Antragsberechtigung des Vormunds abhänge, kein Raum).

13) Die Antragsberechtgg. des gesetzl. Vertreters (im Falle seiner Verhinderung gilt das N. $6_{2,3}$ Bemerkte) ist eine ausschließliche; RG. III 26. Feb. 81 N. 3 84. Deshalb verliert eine zur Stellung eines Strafantr. erteilte Vollmacht (§ 61 N. 17) jedenfalls dann ihre Geltung, wenn der Machtgeber inzwischen geisteskrank geworden u. deswegen entmündigt sein sollte. Falls anzunehmen ist, daß nach BGB. eine erteilte Vollmacht schon mit dem Eintritt der Geisteskrankheit erlösche, würde der Beauftragte alsdann einen gültigen Strafantrag nicht mehr stellen können; vgl. RG. III 1. Mai 80 E. 2 145. Der einem Boten erteilte Auftrag zur Überbringung des Antrages (§ 61 N. 15 f.) wird durch eintretende Geisteskrankheit des Verletzten seine Gültigkeit nicht verlieren.

14) Daß ein Verschwender oder Trinker, auch wenn er gemäß § 6 Nr. 2 u. 3 BGB. entmündigt ist, dadurch seine Antragsberechtigung nicht verliert, ist nach dem Wortlaut des § 65 zweifellos. Ob aber einem entmündigten Verschwender o. Trinker auch das Recht zusteht, eine Buße zu verlangen, ist eine andere Frage, wegen deren § 188 N. 4 zu vergleichen.

Auch ein Taubstummer ist antragsberechtigt; kann er das Antragsrecht nicht persönlich ausüben, so wird es ein Pfleger für ihn tun müssen; N. 16 Daß der nach ausländischem Rechte bestellte Vormund eines Taubstummen, der nach dessen Heimatsrecht antragsberechtigt ist, auch für das DR. antragsberechtigt sei, ist nicht anzuerkennen; aM. Köhler Strafantrag S. 56.

Zu § 65 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2. N. 15—19.

15) Im Abs. 1 S. 2 u. im Abs. 2 wird dem „gesetzlichen Vertreter" des Verletzten zwar eine — im Abs. 1 als „unabhängig" von der Antragsberechtigung des über 18 J. alten Verletzten bezeichnete — Antragsberechtgg. eingeräumt, jedoch eben nur in dieser seiner Eigenschaft, ohne daß der Vertreter aus eigenem, von seiner rechtlichen Stellung als Vertreter losgelöstem Rechte tätig wird; ihm steht sonach nur ein formelles, kein materielles Antragsr. zu; RG. II 16. Apr. 80, III 19. Nov. 91, 4. Dez. 93, E. 1 370, 22 256, 24 427, München OberstesLG. 24. März, 16. Juli 03, 8. Okt. 04, E. 3 251, 399, 4 73; eine abweichende Meinung vertritt Finger 1 194, insbs. N. 258 f., indem er unterscheidet:

Digitized by Google

das Antragsr. entstehe auch dem noch nicht 18 J. alten Verletzten, andererseits sei aber der gesetzl. Vertreter des minderjährigen Verletzten selbständiges Subj. des Antragsrechts, so daß, falls der Verletzte noch nicht 18 J. alt, sein gesetzl. Vertreter nach Abs. 1 selbständiges Subjekt des Antragsrechts, nach Abs. 2 aber Vertreter des antragsberechtigten, aber zur Ausübung unfähigen Verletzten sei; vgl. übrigens § 195 N. 3 wg. der Frage, ob neben der Antragsberechtigung des Verletzten eine selbständige Antragsberechtigg. des Ehemanns besteht. Daraus ergibt sich von selbst auch das Erlöschen seiner Antragsberechtgg., wenn er aufhört, Vertreter des Verletzten zu sein, mag auch die dreimonatige Antragsfrist noch nicht abgelaufen sein. Für den Fall, daß nach Aufhören des Vertretungsverhältnisses der bisher Vertretene selbst antragsberechtigt ist, herrscht hierüber kein Zweifel. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn das Vertretungsverhältnis ohne diese Voraussetzung aufhört, so z. B. die nur wegen Minderjährigkeit eingeleitete Vormundschaft durch Eintritt der Volljährigkeit des Mündels ihr Ende erreicht, letzteres aber wegen Geisteskrankheit nicht selbst antragsberechtigt wird; Stuttgart 8. Nov. 72 St. 2 152, Oppenh.-D. N. 13 a, Rüd.-St. N. 7. Es greift endlich auch Platz, wenn das Vertretungsverhältnis durch den Tod des Vertretenen beendigt wird, da auch durch den Tod des allein antragsberechtigten Verletzten die Antragsbefugnis erlischt (§ 61 N. 20); so: H. Meyer S. 304, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 16, v. Schwarze N. 12 und, speziell für den Fall des Ablebens des Mündels, RG. II 3. Mai 81 E. 4 145; aM.: Binding Hb. 1 630, Nessel Antragsber. S. 56 sowie jetzt RG. I 20. Feb. 02 E. 35 131, unter Hinweis auf E. 1 29 u. 13 115, u. mit dem Bemerken, daß durch EGBGB. Art. 34^3 nichts anderes verfügt sei; beide Urteile betrafen § 195 aF. bzw. $§ 232_3$. Dieses waren jedoch und sind — soweit sie aufrechterhalten — Sonderbestimmungen, die die Annahme einer materiell selbständigen Antragsberechtigung, neben der des Verletzten, rechtfertigen können, während die in RG. 35 131 vertretene Ansicht unvereinbar erscheint mit der den eingangs dieser Note zitierten reichsgerichtl. Urteilen zugrunde liegenden Auffassung. Vgl. übrigens § 182 N. 4.

16) Vielfach wird behauptet, daß das in Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 erkennbare Prinzip auch auf andere Fälle analog auszudehnen sei, in denen eine gesetzliche Vertretung des durch ein Antragsdel. Verletzten stattfinde; so namentl. von Holzapfel, G. 30 437, btr. des Vertreters eines „Abwesenden", einer gebrechlichen (insbesondere einer taubstummen) Person, einer „Leibesfrucht" 2c. Diese Analogie (§ 2 N. 4_3) erscheint allerdings unabweisbar; so Binding Hb. 1 222; aM. H. Meyer S. 304. Demgemäß ist anzunehmen, daß ein nach BGB. §§ 1910 u. ff. bestellter Pfleger innerhalb des Kreises seiner Fürsorge zur Antragstellung befugt ist.

17) Nicht um analoge Ausdehnung des dem Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 zugrunde liegenden Prinzips handelt es sich in den Fällen, wo der Verletzte keine physische Person ist (§ 61 N. 14). Ist eine juristische Person, eine Genossenschaft, eine Aktien- oder Handelsgesellschaft, eine Firma 2c. verletzt, so ist es ohne weiteres in der Natur der Sache begründet, daß der Antrag von dem zu stellen ist, der nach den einschlagenden Reichs- u. Landesgesetzen bzw. Statuten berufen ist, die verletzte ideelle Persönlichkeit zu vertreten; vgl. einerseits Binding Hb. 1 627, 652 N. 2, Bolze GS. 32 441, Herzog GS. 33 399, Holzapfel G. 30 437 sowie: Berlin 6. Nov. 73 O. 14 696, München 3. Okt. 73 St. 3 106, andererseits aber Dresden 11. Juni 75 St. 5 290. Vgl. RG. I 23. Sept. 89 E. 19 378 btr. der Frage, welches von mehreren Betriebsämtern einer PrEisenbahnverwaltung zur Stellung des Antrages nach $§ 370_2$ berechtigt ist, wenn die Entwendung an einem Gegenstande begangen ist, der in einem Eisenbahnzuge behufs Beförderung sich befindet.

Die Gültigkeit des von dem berufenen Vertreter gestellten Antrages kann nach Maßgabe der bezüglichen Gesetze und Statuten durch einen vorausgegangenen Beschluß der vertretenen Gesamtheit bedingt sein; so z. B. nach dem zit. München St. 3 106 durch einen Beschluß des Gemeindeausschusses. Der Nachweis bezüglich des Vorliegens eines solchen die Voraussetzung bildenden gültigen Beschlusses braucht ebensowenig innerhalb der Antragsfrist erbracht zu werden wie der Nachweis für die Gültigkeit einer Vollmacht (§ 61 N. 16), vielmehr ist bloß entscheidend, ob der Vertreter tatsächlich den Antrag zufolge

Digitized by Google

eines solchen Beschlusses gestellt hat; Berlin OAG. 21. Sept. 72 St. 2 26. Liegt der Beschluß in ordnungsmäßiger Ausfertigung vor, so bildet diese die Erkenntnisquelle für die Gültigkeit des Beschlusses; RG. IV 16. Mai 93 E. 24 179 (das, wohl zu weit gehend, jede weitere Nachforschung für unzulässig erachtet und selbst der gewonnenen gegenteiligen Überzeugung jede Bedeutung versagt). Zu einem, der richterlichen Nachprüfung nicht unterliegenden, Internum der Behörde gehört es, ob ein Vertretungsfall des zunächst zur Vertretung der Behörde Berufenen vorliege; vgl. z. B. § 27 der GeschäftsO. des RVersicherungsamtes v. 19. Okt. 00 (RGBl. 983).

18) Der Umstand, daß durch ein Antragsdel. eine Personeneinheit als solche verletzt und demgemäß antragsberechtigt ist (N. 17), schließt übrigens nicht aus, daß zugleich die einzelnen, jener Einheit angehörigen Personen verletzt und antragsberechtigt sind; RG. I 25. Okt. 80 E. 3 12.

Andererseits genügt ein Antrag, der wegen Beleidgg. einer Behörde von dieser gestellt ist, nicht zur Verfolgung der einem Mitgliede derselben gleichzeitig persönlich zugefügten Beleidigung; Berlin 29. März 76 St. 6 152.

19) Die Antragsfrist beginnt in den Fällen des Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 sowie in den analogen Fällen (N. 16) von Erlangung der erforderlichen Kenntnis (§ 61 N. 30) seitens des Vertreters zu laufen; RG. I 3. Okt. 95 E. 27 366 (btr. des Vormundes, der einem Geisteskranken bestellt wird, nachdem seit deren Beleidigg. schon 3 Mt. abgelaufen waren), Oppenh.-D. N. 16. Vgl. übrigens u. N. 20.

Was dagegen die Fälle der N. 17 betrifft, so muß notwendig dasselbe gelten, soweit nicht physische Personen, sondern Sachen das Substrat der verletzten ideellen Persönlichkeit bilden. Anderenfalls aber wird es darauf ankommen, ob nach den maßgebenden Gesetzen und Statuten der Antragstellung des Vertreters eine Beschlußfassung der Gesamtheit vorhergehen muß oder nicht; unter jener Voraussetzung ist entscheidend, wann die Gesamtheit als solche, unter dieser, wann ihr Vertreter die nötige Kenntnis erlangte.

Zu § 65 im allgemeinen. N. 20, 21.

20) Das Nebeneinanderbestehen mehrerer selbständiger Berechtggen (N. 9) und die Antragsberechtggen der Vertreter des Verletzten (N. 15—17) bedingen besondere Erörterungen bezüglich der Fristberechnung für die verschiedenen Antragsberechtigten.

a) Vollendet der Verletzte das achtzehnte Lebensjahr, nachdem sein gesetzlicher Vertreter die Antragsfrist bereits versäumt hat, so kann für ihn eine Antragsberechtgg. auch dann nicht mehr entstehen, wenn er jetzt erst die nötige Kenntnis erlangt; denn das Antragsrecht, welches bestand, ist bereits endgültig erloschen; so: RG. III 7. Dez. 81 E. 5 190, Finger 1 199, H. Meyer S. 305 N. 33, Frank N. III 1, Oppenh.-D. N. 17, Rüd.-St. N. 7; aM. Binding Hb. 1 628 N. 11 (es werde § 62 verkannt). Anderenfalls aber, wenn die Berechtgg. seines Vertreters noch nicht erloschen war, erwächst für den Achtzehnjährigen eine selbständige Antragsberechtgg. (N. 9). Daraus folgt unmittelbar, daß seine Kenntnis für den Beginn der Frist entscheidend ist und zwar die Kenntnis, die ihm als Antragsberechtigten beiwohnt; demgemäß beginnt diese Antragsfrist, wenn er schon vor Vollendung des 18. Lebensjahres die Kenntnis hatte, zugleich mit dem Erwerb der Berechtgg., sonst erst später, vielleicht erst nach Ablauf der Frist des gesetzlichen Vertreters. Weiterhin folgt, daß dem Achtzehnjährigen stets die volle dreimonatige Frist zustatten kommt, mochte auch die Frist für die Antragsberechtgg. des Vertreters schon laufen; so: Oppenh.-D. N. 17, Köhler Strafantrag S. 83; aM.: RG. I 4. Dez. 93 E. 24 427, Finger 1 199, Frank N. III 2, v. Schwarze N. 4, Reber Antragsdel. S. 465, Nessel Antragsber. S. 58.

b) Wechselt der gesetzliche Vertreter, nachdem die Antragsfrist nach Kenntniserlangung seitens des ursprünglichen Vertreters bereits zu laufen begonnen hatte, so kann bei einem solchen bloßen Wechsel in den zur Antragstellung berufenen Organen der Nachfolger naturgemäß nur in die Rechte seines Vorgängers eintreten; demgemäß hat er nur noch den Rest der Frist, soweit sie seinem Vorgänger gegenüber noch nicht abgelaufen ist. So: Finger 1 200, H. Meyer S. 308, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 16, Reber Antragsdel. S. 463. AM.: Binding Hb. 1 630, v. Liszt S. 198 N. 7, Rubo N. 9, Rüd.-St. N. 10. Frank

Digitized by Google

u. Oppenh.-D. nehmen hier jedoch ein Ruhen des Fristenlaufs an, solange der Neuberechtigte die nach § 61 erforderliche Kenntnis nicht habe; dem wird beizutreten sein (s. u. c); aM. Finger aO. Dasselbe gilt, wenn:

α. der Fall der Bevormundung eines Geisteskranken erst nach Beginn der Antragsfrist eintritt, oder

β. die wegen Geisteskrankheit eingeleitete Vormundschaft nach Beginn der Antragsfrist für den Vormund aufgehoben wird.

Auch in diesen Fällen laufen nicht mehrere Berechtigungen nebeneinander, vielmehr hat der Vormund als Vertreter des verletzten Geisteskranken die ausschließliche Berechtigung und ist deshalb nur Nachfolger in der — gleichfalls ausschließlichen — Berechtigung des zunächst nicht Bevormundeten, wie umgekehrt der gesund gewordene frühere Geisteskranke in der Berechtigung des Vormundes; Reber aO. S. 465.

c) War der gesetzliche Vertreter rechtlich verhindert, den Antrag zu stellen (N. 6b), so läuft die dreimonatige Frist erst von der Kenntnisnahme seitens des Pflegers ab; Berlin 7. März 72 St. 1 263, Reber aO. S. 466.

21) Die Zurücknahme eines gestellten Strafantr. kann unter Umständen von einem anderen geschehen, als dem, der ihn gestellt hat, insbesondere (§ 64 N. 7) durch den Nachfolger in der Antragsberechtgg.; so kann z. B. der Vormund des Minderjährigen den Antrag zurücknehmen, den der verstorbene Vater des Verletzten als gesetzlicher Vertreter gestellt hatte, ferner aber auch der Vormund des Geisteskranken den früher von diesem gestellten Antrag; so: Dochow HH. 4 281, Finger 1 204, Hälschner 1 719, H. Meyer S. 314, Oppenh.-D. § 64 N. 5, Reber Antragsbel. S. 515; aM.: Binding Hb. 1 651, Köhler Strafantrag S. 151.

Auch kann der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit den von seinem gesetzlichen Vertreter gestellten Strafantr. zurücknehmen, obgleich er damit in dessen, bis zur Großjährigkeit des Verletzten unabhängige, Antragsberechtgg. (N. 15) eingreift, weil das Ges. dem Großjährigen die alleinige Entscheidung über die Ausübung des Antragsrechtes überträgt; RG. III 19. Nov. 91 E. 22 256, Binding aO.

Soweit eine selbständige Antragsberechtigung eines Dritten neben dem Verletzten anerkannt wird (vgl. N. 15), kann letzterer den vom selbständig Berechtigten gestellten Antrag nicht zurücknehmen; so richtig Finger 1 204.

§. 66.

Durch Verjährung wird die Strafverfolgung und die Strafvollstreckung ausgeschlossen.

PrStGB. §§ 45, 49. Entw. I § 59, II § 64.

Zu §§ 66—72. N. 1—3.

1) Die §§ 66—72 handeln von der Verjährung der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung und zwar, nachdem § 66 prinzipiell die Zulässigkeit beider — diejenige der Strafvollstreckung im ausdrücklichen Gegensatz zum PrStGB. § 49 — ausgesprochen hat: die §§ 67—69 von der Verjährg. der Strafverfolgung, die mit der Rechtskraft des Urteils jedenfalls ihr Ende findet (§ 68 N. 20_3), die §§ 70—72 von der Verjhrg. der Strafvollstreckung, die ein rechtskräftiges Urteil (oder was dem gleich steht) zur Grundlage haben muß (§ 70 N. 2).

In der StPO. wird die Verjährg. nur in den §§ 208, 262, 453 und 459 erwähnt, und zwar beziehen sie sich sämtlich auf die Verjährg. der Strafverfigg.; die §§ 453, 459 enthalten eine Ergänzung des StGB. § 68_1, der § 208 zieht eine Konsequenz des § 68_3 und § 262 betrifft lediglich die prozessuale Behandlung der Verjhrg.

2) Sowohl die Strafverfiggs.- wie auch die Strafvollstrcksverjhrg. beruhen, nach Auffassung des Gesetzgebers, beide auf demselben Gedanken; es deutet dieses die gemeinsame Behandlung beider Verjährungsarten im StGB. an, namentl. ihre Zusammenfassung in dem — den Einzelbestimmungen vorangeschickten — § 66. Dies erkennt auch im wesentlichen die GM. an (aM. jedoch Binding Hb. 1 821 ff.), die ferner darüber einig ist, daß es um eine erlöschende Verjährg. sich handelt. Während aber die einen die Verjhrg. dem materiellen

Digitized by Google

Rechte angehörig erachten (so z. B. Heinze HH. 2 601 als „Strafvjhrg." u. v. Liszt S. 293 als „Tilgung des staatl. Strafrechts"), andere dagegen das Institut lediglich als ein „strafprozeßrechtliches" auffassen (so z. B. Rüd.-St. N. 2), erscheint — nach Maßgabe der folgenden Ausführungen — die Ansicht als die richtige, welche das Institut, wie das der Antragsberechtgg. (§ 61 N. 1), als ein solches gemischten Charakters ansieht, derartig, daß es seinem Grunde nach zwar dem materiellen Rechte angehört, positivrechtlich aber eine sein juristisches Wesen beeinflussende prozessuale Einkleidung erhalten hat; so namentl. v. Risch GS. 36 247, Verjhrg. S. 14 ff. u., insbs. gg. Binding sich richtend, ZStrW. 9 242 ff. sowie de lege lata Hälschner 1 695 f., obschon er theoretisch die Verjhrg. der Strafe für das Richtigere ansieht, ferner H. Meyer S. 321 N. 2, jetzt auch Oppenh.-D. N. 1.

3) In den §§ 66 ff. ist die Materie der Verjhrg. i. S. des EG. § 2_1 geregelt; Binding Hb. 1 313 u. Grundr. S. 254.

Demgemäß sind die das materielle Verjhrgsrecht betreffenden früheren Bestimmungen des R. u. Lstrafr. durch das EG. außer Kraft gesetzt, nicht dagegen die Vorschriften prozessualer Natur (EG. § 2 N. 7 b), wie z. B. über die Unterbrechung der Verjhrg. (Rüd.-St. § 68 N. 4), bezüglich deren jedoch jetzt, soweit sie in den Landesgef. enthalten sind, EGStPO. § 6 in Betracht kommt.

In den nach EG. § 2_2 in Kraft verbleibenden „besonderen Vorschriften des R. u. Lstrafrechts" sind dagegen die ausdrücklich getroffenen abweichenden Bestimmungen in Geltung geblieben und können auch in Zukunft solche getroffen werden (das. N. 13); so die GM.; aM. Binding Hb. u. Grundr. aO. In diesen Materien ist daher die Verjhrgsfrage nur bei mangelnder besonderer Regelung nach den Grundsätzen des StGB. zu würdigen; RG. I 24. März 81 E. 4 216 speziell btr. des PreßG.

Zu § 66. N. 4—13. — Strafverfolgungsverjährung. N. 4—12.

4) Die Verjährung der Strafverfolgung ist ihrem Grunde nach ein Institut des materiellen Rechts, mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des § 380 StPO. i. F. der Einlegung einer Revision wg. Verletzung einer Rechtsnorm über die Verjährung der Strafverfolgg.; München OberstesLG. 23. Jan. 00 E. 1 4. Zwar ist nicht das „Verbrechen selbst" oder das „Delikt" als getilgt anzusehen (so jedoch v. Wächter S. 304 f.), welche Auffassung auch durch das EG. § 7 und das WechselstempelG. § 17 keine Unterstützung findet; denn wenn diese von einer „Verjhrg. der Zuwiderhdlg." sprechen, so liegt hier, wie ein Vergleich mit der Terminologie des StGB. selbst ergibt, nur eine inkorrekte Ausdrucksweise vor; RG. IV 15. Okt. 86 E. 14 382, Binding Hb. 1 829 N. 19, Hälschner 1 696 N. 3, v. Risch GS. 36 248. Ebensowenig verjährt die „Schuld" (so gelegentlich RG. I 12. Juli 80 E. 2 221). Gegen derartige Auffassungen spricht, von anderen Gründen abgesehen, namentl. die positive Bestimmung des § 68_2 mit der daraus sich ergebenden, auch von RG. III 14. Juni 83 E. 9 10 anerkannten, Folge, daß die Verfolgbarkeit oder Nichtverfolgbarkeit des Haupttäters wegen Verjhrg. ohne jeden Einfluß auf die Strafverfolgung der Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, oder Gehilfen) ist; Binding Hb. 1 851, v. Risch aO. S. 249 f., Birkmeyer Teiln. S. 157.

Aber auch darin kann die materielle Bedeutung nicht gefunden werden, daß die „Strafe" verjähre. Daß es nach dem StGB. nicht um Verjhrg. der „verwirkten" Strafe sich handele, nimmt der prinzipielle Vertreter dieser Ansicht, Hälschner 1 696, selbst nicht an (s. o. N. 2). Gegen die Formulierung von Heinze HH. 2 601 aber, der sachlich Samuely GS. 32 5 sich angeschlossen hat, daß nämlich die „angedrohte" Strafe verjähre, hat v. Risch aO. S. 247 N. 6 mit Recht geltend gemacht, daß die „abstrakte Strafdrohung des Gesetzes" keinesfalls verjähren könne, sondern nur „Recht und Pflicht zur Anwendung derselben auf den konkreten Fall".

Mit diesen Worten ist die materielle Bedeutung der Strafverfolgungsverjährung zutreffend charakterisiert. Es ist der aus der begangenen strafb. Hdlg. erwachsene staatliche Strafanspruch, der erlischt. Aus mannigfachen Gründen begibt sich der Staat nach einem gewissen Zeitablauf seines Rechtes, Bestrafung des Verbrechens zu heischen,

Digitized by Google

und damit entfällt auch die regelmäßig dem Rechte entsprechende Pflicht (§ 4 N. 6). Als Erlöschen des staatlichen Strafanspruches fassen diese Art der Verjährung auf: RG. III 8. Okt. 83 E. 12 434, Berner S. 319, Finger 1 575, v. Liszt S. 293, H. Meyer S. 330, Schütze S. 211, Frank N. II, Francke G. 20 23, v. Risch aO. S. 255; dagegen sehen Binding Hb. 1 823, 826, 833 N. 28 I u. Rüd.-St. N. 2 (vgl. auch das zit. RG. E. 14 382 „die Verjhrg. stelle sich zunächst nur als ein prozessuales Hindernis dar") die Strafverfolgungsverjhrg. als ein strafprozeßrechtliches Institut an, welches materielle Wirkungen nur sekundär oder als Reflexwirkungen äußere. Vgl. noch u. N. 7.

5) Wenn durch Verjhrg. „die Strafverfolgung ausgeschlossen" wird, so ist das nur ein anderer Ausdruck dafür, daß die Strafklage nach eingetretener Verjhrg. nicht mehr stattfinden solle. Das Erlöschen des materiellen Strafanspruches infolge Zeitablaufs hat somit im § 66 einen rein prozessualen Ausdruck erhalten; vgl. Frank N. II, der § 66 verleihe der Verjhrg. zugleich einen strafprozessualen Charakter. Ist der Strafanspruch in der Tat erloschen, so wird die Strafklage mit Recht versagt; denn deren Zweck ist eben Feststellung eines dem Strafberechtigten, d. h. dem Staate oder dem Privatkläger, zu dessen Gunsten jener auf sein Klagrecht verzichtet hat, zustehenden Strafanspruchs. Auch die Motive bedienen sich der Bezeichnung „Verjährung der Strafklage"; so ferner: Berner S. 318, Binding Hb. 1 85, 196, Schütze S. 211, Löwe-H. StPO. Buch II Abschn. 1 N. 27a. Aus der prozessualen Einkleidung dieser Art der Verjährg. ergeben sich mannigfache und wichtige Konsequenzen (N. 6—11).

6) Die die Strafverfigsverjhrg. betreffenden Fragen sind prozessuale Vorfragen, ganz ebenso wie die den Strafantr. betreffenden (§ 61 N. 61).

Daß die Schuldfrage die „Voraussetzungen der Verjhrg." nicht begreife, wird in der StPO. § 262$_2$ ausdrücklich hervorgehoben; demgemäß hat die Entscheidung über diese gemäß der Regel des GVG. § 198 nach der absoluten Mehrheit der Stimmen zu erfolgen, und sie ist im schwurgerichtl. Verfahren nach StPO. §§ 293 ff. vom Gerichtshofe, nicht von den Geschworenen zu treffen.

Aber auch die Straffrage umfaßt die Voraussetzungen der Verjhrg. nicht; aM. die, welche „straffrei" sprechen wollen (N. 8b). Die Straffrage hat die vorherige Erledigung der Schuldfrage zur Grundlage; erst wenn festgestellt ist, daß der Angeklagte den Tatbestand einer bestimmten im Strafgesetze vorgesehenen strafb. Hdlg. begangen habe, kann zur Erörterung kommen, welche Strafe deshalb zu erkennen oder weshalb trotzdem von Verhängung einer Strafe Abstand zu nehmen sei; Binding Hb. 1 831, v. Risch GS. 36 266 N. 28. Die Erledigung der Schuldfrage ist aber für die Verjhrgsfrage keine notwendige Bedingung (vgl. jedoch u. N. 8); denn da die Strafverfolgung bei eingetretener Verjhrg. ausgeschlossen ist, so muß notwendig mit dem weiteren strafrechtl. Verfahren innegehalten werden, sobald feststeht, daß die Verfolgung der Tat, — deren Vorliegen nach Maßgabe des Eröffnungsbeschlusses vorausgesetzt — jedenfalls verjährt sein würde; RG. IV 29. Sept. 93 E. 24 270, Ruhstrat G. 29 57, v. Risch aO. S. 259.

7) Während diese Art der Verjhrg. nach ihrer materiellen Natur (N. 4) die früher vorhanden gewesene Strafbarkeit der Tat aufhebt (vgl.: Hälschner 1 696, Frank N. II) und somit an sich als ein strafaufheb. Umst. i. S. der StPO. § 295$_2$ sich darstellen würde, bildet nach der ihr positiv gegebenen prozessual. Einkleidung (N. 5, 6) die Abwesenheit der Verjhrg. eine negative Prozeßvoraussetzung, wie das Vorliegen des erforderlichen Strafantr. eine positive (§ 61 N. 55), umgekehrt folglich das Vorliegen der Verjhrg. eine Prozeßhinderung; Frank N. II, v. Risch GS. 36 246, 258 u. Verjhrg. S. 23.

Die Strafverfiggsverjhrg. ist deshalb in allen Prozeßstadien (s. jedoch u. N. 9) von Amts wegen zu berücksichtigen; sie darf nicht, auch nicht auf Wunsch oder im Interesse des Angeklagten, außer acht gelassen werden.

8) Über die Frage, wie ein eröffnetes Hauptverfahren bei eingetretener Verjhrg. der Strafverfigg. zu beendigen sei, vgl. N. 8 der 6. Aufl. des Komm.

Hier sei nur bemerkt, daß nach Eintritt in die Hauptverhdlg. diese gemäß StPO. § 259 lediglich mit der Erlassung eines Urteils geschlossen werden kann (§ 61 N. 57$_2$).

Digitized by Google

sowie daß dieses Urteil nach der jetzt übereinstimmenden Praxis des RG. (vgl. III 21. Juni 82 N. 4 595, 8. Okt. 85 E. 12 434, I 10. Okt. 98, II 22. Dez. 99, IV 2. Feb. 00, G. 46 425, 47 159) auf „Freisprechung" zu lauten hat.

9) In den höheren Instanzen ist die Strafverfiggsverjhrg. von Amts wegen zu berücksichtigen (N. 7), wenn sie erst nach Einlegung des Rechtsmittels eingetreten ist (N. 8), weil im Falle der eingetretenen Verjährung eine derjenigen Prozeßvoraussetzungen fehlt, welche die Tätigkeit des höheren Gerichtes bedingt; RG. IV 24. Juni 92 E. 23 184 (speziell btr. der Revisionsinstanz), Oppenh.-D. N. 7.

10) Wenn die Zeit der Begehung der strafb. Hdlg. behufs Beurteilung der Verjhrgsfrage nicht hinreichend genau festgestellt werden kann, so ist nach dem allg. Grundsatze in dubio mitius die Strafverfolgung durch Verjhrg. für ausgeschlossen zu erachten, da es nicht um einen strafaufheb. Umst. i. S. der StPO. § 295$_2$ sich handelt, dessen Vorliegen festgestellt werden muß, sondern vielmehr darum, daß das Nichtvorliegen des Prozeßhindernisses der Verjhrg. feststehe (N. 7); v. Schwarze N. 3a, Oppenh.-D. § 67 N. 2b, v. Risch Verjhrg. S. 46 N. 55 u. ZStrW. 9 268, im Resultate auch Binding Hb. 1 843.

11) In der Revisionsinstanz sind für Beurteilung der Verjhrgsfrage die tatsächlichen Feststllgen des Instanzrichters maßgebend, welche auf die strafb. Hdlg. selbst sich beziehen, also namentl. diejenigen bezüglich der Zeit und der Qualifikation der Tat; im übrigen aber ist das Revisionsgericht zur selbständigen Feststllg. der erheblichen prozessualen Vorgänge berufen, namentl. auch hinsichtlich des Vorliegens einer „Unterbrechung" (§ 68); RG. III 8. Okt. 85 E. 12 434, Oppenh.-D. N. 7, v. Risch GS. 36 293, Löwe-H. StPO. § 376 N. 2b.

12) Wegen des Einflusses der Bestimmungen über die Strafverfiggsverjhrg. auf die Frage nach dem „mildesten Gesetze" vgl. § 2 N. 19.

Strafvollstreckungsverjährung. N. 13.

13) Die Verjährung der Strafvollstreckung ist, wie die Strafverfiggsverjhrg. (N. 4), ihrem Grunde nach ein Institut des materiellen Rechtes.

Die Annahme einer sog. Verbrechensverjhrg. erscheint hier von vornherein ausgeschlossen, weil sie „die rechtskräftige Konstatierung des Verbr. zur Voraussetzung hat"; v. Risch GS. 36 249.

Aber auch eine Strafenverjhrg., die vorwiegend angenommen wird (so auch von den Motiven), findet insofern nicht statt, als alle einer Vollstreckung nicht bedürfenden Strafübel, auf die erkannt ist, durch den Eintritt dieser Verjhrg. nicht aufgehoben werden; demgemäß ist es nicht korrekt, wenn die §§ 36, 38$_3$ davon sprechen, daß die „Freiheitsstrafe verjähre"; Berner S. 325, Binding Hb. 1 853 u. Grundr. S. 259, v. Risch aO. u. S. 247 N. 6.

Die materielle Bedeutung der Strafvollstreckungsverjhrg. liegt vielmehr, wie bei der Strafverfolgungsverjhrg., darin, daß der staatliche Strafanspruch — und zwar hier der bereits rechtskräftig festgestellte — erloschen ist; Binding Grundr. aO. (eine echte Verjhrg. des Strafrechts), v. Risch aO. S. 277. Demgemäß muß diese Verjhrg. für § 2$_2$ (das. N. 13) richtiger Ansicht zuf. außer Betracht bleiben.

§. 67.

Die Strafverfolgung von Verbrechen verjährt,

wenn sie mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht sind, in zwanzig Jahren;

wenn sie im Höchstbetrage mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer bedroht sind, in funfzehn Jahreu;

wenn sie mit einer geringeren Freiheitsstrafe bedroht sind, in zehn Jahren.

Die Strafverfolgung von Vergehen, die im Höchstbetrage mit einer längeren als dreimonatlichen Gefängnißstrafe bedroht sind, verjährt in fünf Jahren, von anderen Vergehen in drei Jahren.

Digitized by Google

Die Strafverfolgung von Uebertretungen verjährt in drei Monaten.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges.

PrStGB. §§ 46, 339 Abs. 1, 343 Abs. 2. Entw. I §§ 60, 346 Abs. 1, II § 65.

Zu § 67 Absatz 1—3. N. 1—7.

1) Die Verjährungsfrist der Strafverfgg. richtet sich nach den Strafandrohungen auf die verschiedenen Zuwiderhdlgen; direkt ist dieses im Abs. 1 hinsichtlich sämtlicher Verbr., im Abs. 2 hinsichtlich der im Höchstbetrage mit einer längeren als dreimonatigen Gefängnisstr. bedrohten Verg. ausgesprochen; indirekt gilt es aber auch für die übrigen Verg., insofern deren Verfolgung in drei Jahren verjährt, wenn sie mit einer anderen als der eben bemerkten Strafe bedroht sind, indirekt endlich auch nach Abs. 3, insofern die Strafverfolgung von Zuwiderhdlgen, welche mit einer Übertretungsstr. bedroht sind, in drei Monaten verjährt.

2) Bezüglich des Begriffes der „Bedrohung einer Hdlg. mit Strafe" vgl. § 1, insbs. die N. 5—8 das. Auch die Verjhrgsfrist ist nach der in thesi angedrohten Strafe (§ 1 N. 4) bestimmt und ist deshalb in allen Fällen der Höchstbetrag der vom Gesetze angedrohten ordentlichen Strafe maßgebend; Hälschner I 696, auch Binding Hb. I 843 (vgl. jedoch S. 846).

Im einzelnen ergeben sich hieraus folgende Konsequenzen:

a) Die mildernden Umstände (§ 1 N. 7a) sind für die Bestimmung der Verjhrgsfrist so einflußlos wie für die Qualifikation der Tat; so die GM.; aM.: Berner S. 320, Schütze S. 209 N. 17, v. Schwarze N. 3 (diese Ansicht erachtet Hälschner vom Standpunkte der GM. aus als die folgerechte; s. u. b).

b) Beim Rückfall (§ 1 N. 7b) richtet sich die Verjhrgsfrist gleichfalls nach der gegen diesen gerichteten Strafandrohung; gegen die GM. lediglich Hälschner I 697, nur die ordentliche für das btr. Delikt gedrohte, nicht die im konkreten Fall wegen Rückfalls schwerere Strafe sei entscheidend. Die wegen Rückfalls eintretenden Straferhöhungen bedingen unter Umständen eine Verlängerung der Verjhrgsfrist; vgl. z. B. §§ 242, 244 mit Abs. 2 u. mit Abs. 1_3 des § 67.

c) Beim Versuch und bei der Beihilfe (§ 1 N. 8a) berechnet sich die Verjhrgsfrist nach der gegen diese gerichteten Strafandrohung, nicht nach der gegen die vollendete bzw. Haupttat; so die GM.; aM. v. Liszt S. 295. Während aber, soweit das StGB. in Betracht kommt, die bei dem Versuch und der Beihilfe nach den §§ 44, 49 eintretende „Ermäßigung" der Strafe niemals eine andere Qualifikation als wie bei der vollendeten bzw. Haupttat bedingt, übt sie auf die Dauer der Verjhrgsfrist in der Tat Einfluß; so beträgt die Verjhrgsfrist beim Morde (§ 211) und beim Landesverrat aus § 90 zwanzig Jahre, beim Versuch bzw. bei der Beihilfe dazu nur funfzehn Jahre.

d) Das jugendliche Alter (§ 1 N. 8b) ist aus demselben Grunde einflußlos; so: RG. I 22. Nov. 80 E. 3 52, Geyer I 196, Hälschner I 697, Heinze HH. 2 616, H. Meyer S. 325, v. Wächter S. 306, Frank N. 1 2, Oppenh.-D. N. 1 i. V. mit § 1 N. 3, Rüd.-St. N. 2; aM.: Berner S. 320, Binding Hb. I 846 u. Grundr. S. 254, Finger I 578, Schütze S. 209 N. 17, v. Schwarze N. 3 A. 4, § 57 N. 13 u. Verjhrg. S. 38.

3) Bezüglich der in Betracht kommenden Jahres- und Monatsfristen gilt das zu § 61 N. 28 Bemerkte, d. h. sie sind nach der Kalenderzeit zu berechnen; so auch die Motive (N. 8) sowie Finger I 582 u. Heinze HH. 2 619 N. 18, ferner Binding Hb. I 843 N. 1, der freilich von analoger Anwendung des $\S 19_1$ spricht.

4a) Die Frist des Abs. 1 Unterabs. 2 gilt namentl. auch für die mit lebenslängl. Festungsh. bedrohten Verbr.; denn auch diese sind im Höchstbetrage mit einer längeren als zehnjährigen Freiheitsstr., nicht aber mit einer der im Unterabs. 1 erwähnten Strafen bedroht. Gegen die GM. lediglich Binding Hb. I 844 u. Grundr. S. 253.

b) Die dreijährige Frist des Abs. 2 gilt namentl. für alle, ausschließlich oder neben einer drei Mt. nicht übersteigenden Gefängnisstr., mit Geldstrafe bedrohten Verg., und zwar auch dann, wenn die der Geldstr. ev. zu substituierende Freiheitsstr. (§§ 28 f.) mehr als drei Monate betragen kann; so: RG. II 27. Jan. 80 E. 1 167, Binding Hb. I 845,

Digitized by Google

Geyer I 195, v. Liszt S. 294, Frank N. I 5, v. Schwarze N. 1; aM. Finger I 576 (nach dem Höchstbetrage der zu substituierenden Freiheitsstr.).

Die Frist gilt ferner für alle mit Festungsh. bedrohten Verg.; denn auch diese sind gegenüber den mit einer längeren als dreimonatigen Gefängnisstr. bedrohten Vergehen „andere" Vergehen.

c) Die dreimonatige Frist des Abs. 3 gilt auch für diejenigen strafb. Hdlgen, denen zufolge Landesgesetzes die Eigenschaft einer Übertretung zukommt, trotzdem sie mit einer Geldstr. von mehr als 150 M. bedroht sind (§ 1 N. 12); RG. I 4. Jan. 94 E. 25 54.

5) Wegen Ausnahmen von den im § 67 bestimmten Verjährungsfristen vgl. § 66 N. 3 sowie EG. § 7, BJG. § 164 (RG. I 7. Jan. 86 E. 13 223), PreßG. § 22, GewerbeO. § 145_2. Von diesen trägt die durch das PreßG. begründete einen allgemeinen Charakter, wodurch die regelmäßige Verjährungsfrist bei vielen einzelnen im StGB. mit Strafe bedrohten Hdlgen, falls sie „durch die Verbreitung von Druckschriften strafb. Inhalts" begangen werden, beeinflußt, nämlich auf sechs Monate abgekürzt wird.

6) Keine Ausnahme wird dagegen durch PatentG. § 39 begründet, da dieser nur auf die Entschädigungsklage sich bezieht; vgl. RG. I 1. Okt. 94 E. 26 129.

Der Antrag auf Zuerkennung einer Buße kann nach StPO. § 444 bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz gestellt werden. Solange also die Strafklage nicht verjährt ist, kann die Bußforderung geltend gemacht werden; er verjährt daher erst mit jener, also in den Fällen der §§ 186, 187, 223, 223a nach Abs. 2 des § 67 in fünf Jahren, während der im Zivilprozeß geltend zu machende Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Hdlg. entstandenen Schadens nach BGB. § 852 bereits in drei Jahren verjährt.

7) Wegen Verjhrg. bei idealer und bzw. bei realer Konkurrenz strafb. Hdlgen vgl. §§ 73 N. 36b, 74 N. 1_2.

Zu § 67 Absatz 4. N. 8—17.

8) Die Verjhrg. beginnt „mit dem — im Abs. 4 näher bezeichneten — Tage". Wegen dieser im LiterarG. §§ 50, 51, 53 sowie in der SeemannsO. § 121 wiederkehrenden Ausdrucksweise vgl. § 61 N. 29. Demnach bildet jener Tag den ersten Tag der Verjhrgsfrist und letztere erreicht „mit dem Beginne des dem Anfange der Verjährung entsprechenden Kalendertages" (so die Motive) oder — genauer gesagt — mit dem letzten Momente des vorhergehenden Tages ihr Ende; so endigt z. B. eine am 1. Okt. 1879 beginnende dreijähr. Verjhrsfrist mit dem ersten Momente des 1. Okt. bzw. mit dem letzten Momente des 30. Sept. 1882 So die GM., insbs. RG. IV 25. Juni 86 N. 8 493. AM. Heinze HH. 2 619 N. 18, der bereits mit Beginn des Kalendertages der Frist die Straflosigkeit eintreten läßt.

9) „Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eintretenden Erfolges".

An sich liegt es in der Natur der Sache, daß die Strafverfolgsverjhrg., da sie materiell ein Erlöschen des staatl. Strafanspruches darstellt (§ 66 N. 4), das Existentwerden des letzteren voraussetzt (Ausnahme s. § 69 Abs. 2). Dementsprechend bestimmte auch das PrStGB. § 46_3, daß der Lauf der Verjhrg. „mit dem Tage des begangenen V. o. V." beginne; die PrPraxis forderte deshalb den Eintritt des zum Tatbestande gehörigen Erfolges zum Beginn der Verjhrg. (vgl. Oppenh. PrStGB. § 46 N. 5, 6). Weil sich aber anderswo Meinungsverschiedenheiten über den Anfangspunkt der Verjhrg. bei den Verbr., deren „Vollendung von einem besonderen äußeren Erfolge der verbrecherischen Hdlg. abhängt", ergeben hatten (vgl. darüber v. Schwarze Verjhrg. S. 48 ff.), so sollte — nach den Motiven — die besondere Bestimmung, daß für den Anfang der Verjhrg. der Zeitpunkt nicht maßgebend sei, an welchem der „zur Vollendung des V. erforderliche Erfolg" eingetreten, den herrschenden „Zweifel" erledigen; schon diese Worte der Motive deuten darauf hin, daß die Worte des Abs. 4 „ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eintretenden Erfolges" lediglich von dem von der unmittelbaren Wirkung bzw. der Zwischenwirkung — zu unterscheidenden (§ 2 N. 1_3) entfernteren Erfolge zu verstehen sind, der nach dem Tatbestande einzelner V. entweder zur Vollendung oder zur Begründung eines straferhöh. Umst. erfordert wird. Noch weniger läßt aber die unmittelbar sich anschließende Bemerkung der Motive: „Durch die An-

Digitized by Google

ordnung, daß mit dem Tage des begangenen V. die Verjhrg. beginne, sollte einer Streitfrage über den Endpunkt der Verjhrg. vorgebeugt werden." darüber einen Zweifel, daß der Gesetzgeber nicht bloß das äußere Handeln, sondern die begangene strafb. Hdlg. in ihren gesetzlichen Begriffsmerkmalen (abgesehen nur vom Erfolge) als den Anfangspunkt der Verjhrg. sich gedacht hat. So die GM., insbs. RG. II 30. Dez. 81 (btr. § 48), 5. Dez. 90 (btr. § 271), 3. Apr. 00 (btr. die Nichtanwendbarkeit des § 22 PreßG. im Falle einer unter Benutzung der Presse verübten Erpressung), E. 5 282, 21 228, 33 230, IV 30. Nov. 94 E. 26 261 (btr. § 330), I 14. Apr. 04 G. 51 (btr. § 263). AM.: Finger 1 579, v. Liszt S. 295, H. Meyer S. 326, Frank N. II i. V. mit § 3 N. IV 3, als Hdlg. sei hier die Tätigkeit selbst anzusehen, also ausschließlich ihrer (vom Erfolge noch zu unterscheidenden) näheren oder sog. Zwischenwirkungen.

In Ermangelung besonderer Bestimmungen des PreßG. in dieser Beziehung greift die Vorschrift des Abs. 4 auch Platz im Falle der sechsmonatigen Verjhrg. gemäß § 22 des zit. G.; RG. II 28. Feb. 99 E. 32 69.

10a) Nach der Auslegung, die den Worten „Handlung" und „Erfolg" in N. 9 gegeben worden, ist die Annahme nicht berechtigt, daß i. S. des Abs. 4, außer dem Erfolge, auch die objektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit für den Beginn der Verjhrg. nicht in Betracht kämen, vielmehr ergibt sich für vorsätzliche und für fahrlässige strafb. Hdlgen (hinsichtlich welcher letzteren prinzipiell dieselben Grundsätze gelten; v. Wächter S. 308) gleichmäßig das Resultat, daß in allen Fällen, in denen die Strafbarkeit einer Hdlg. von objektiven ihr nachfolgenden Umständen abhängt, mag man sie zum Tatbestande des Verbr. rechnen o. nicht, die Verjhrg. erst mit dem Eintritte dieser Umstände beginnt, daß aber in den Fällen, in denen der strafbare Charakter einer „bereits vorliegenden strafb. Hdlg." erst endgültig durch den noch unbestimmten schließlichen Erfolg sich entscheidet, dieser für den Beginn der Verjhrg. nicht abgewartet werden darf. So die GM. (N. 11b), insbs. RG. II 2. Nov. 83 E. 9 152; aM. anscheinend Finger 1 579.

Allerdings erscheint die von Berner S. 321, Binding Hb. 1 838, Geyer 1 197 u. HRL. „Verjhrg." sowie Heinze HH. 2 617 aufs lebhafteste angegriffene, freilich von Hälschner 1 698, H. Meyer S. 325, v. Wächter S. 308 u. v. Lippelskirch G. 20 173 verteidigte Vorschrift des Abs. 4 mindestens als eine halbe Maßregel. Einerseits führt schon das jetzige Prinzip dazu, daß die Verjhrg. eines einen bestimmten Erfolg erfordernden V. vor seiner Vollendung nicht nur beginnen (Binding Grundr. S. 256), sondern bei einem langen Ausstehen des Erfolges möglicherweise schon vollendet sein kann (Binding Hb. 1 838 N. 18). Andererseits gibt es Fälle, in denen es der Billigkeit entsprechen würde, daß nicht nur der Eintritt des Erfolges, sondern auch derjenige der Zwischenwirkung für den Beginn der Verjhrg. unberücksichtigt bliebe; so tritt z. B. bei der fahrl. Brandstftg. aus § 309 die durch fahrl. Tätigkeit verursachte Inbrandsetzung häufig erst nach einem die 5jähr. Verjhrgsfrist weit überschreitenden Zeitraum ein; trotzdem beginnt die Verjhrg. dieses Deliktes erst mit dem Eintritt des Brandes, weil erst dieser die Wirkung der Fahrlässigkeit und zur Begründung des Tatbestandes der strafb. Hdlg. erforderlich ist; so auch RG. zit. E. 9 152, II 5. Dez. 90 (btr. § 271), IV 30. Nov. 94, E. 21 228, 26 261, von denen das erste — offenbar in der Empfindung dieser Halbheit — durch Nichtberücksichtigung des bezüglich der Verjhrg. ideal konk. Delikte (§ 73 N. 36b) geltenden Grundsatzes zu einem unhaltbaren Resultat gelangt, während umgekehrt Binding Hb. 1 839 es einen Ungedanken nennt, daß eine Strafklage durch Verjhrg. untergegangen sein könne, ehe sie entstanden sei, und darauf hinweist, daß während der folgenden Jahre die Verpflichtung des unvorsichtigen Baumeisters fortdaucre, dem, was er verfehlt, die fortwirkende Kraft zu nehmen.

b) Was die Bedingungen der Strafverfolgung betrifft, so führt bei diesen der Grundsatz des § 69 Abs. 1 (das. N. 1a, b) dazu, daß vor dem Eintritt der Bedingungen das Ruhen der Verjhrg. deren Beginn hindert, wovon Abs. 2 des § 69 (das. N. 9) nur bei den Antrags- u. Ermächtigungsdelikten eine Ausnahme macht. Dadurch kommt es, daß die Frage, ob ein objektiver Umstand Voraussetzung der Strafbarkeit o. Bedingung der Strafverfolgung sei, an praktischer Bedeutung verloren hat.

Digitized by Google

11) Die Verjhrg. beginnt (abgesehen von der N. 9 u. 10 hervorgehobenen Maßgabe) mit dem Tage, an welchem die Hdlg. „begangen" ist, also die konkrete strafb. Begehung oder Unterlassung (§ 1 N. 3) ihr faktisches Ende (nicht etwa bloß ihre juristische Vollendung) erreicht hat. So die GM., insbs. RG. II 2. Nov. 83 E. 9 152. Hieraus folgt, daß die Verjhrg.:

a. bei strafb. Hdlgen, die aus mehreren Einzelakten sich zusammensetzen, nicht schon mit der Vollendung eines solchen Aktes, sondern erst mit derjenigen aller Akte beginnt; das gilt insbs. von den qualifizierten Delikten, indem deren Verjhrg. erst mit dem Tage des Eintritts der straferhöh. Umst. beginnt, falls dieser nachfolgte; RG. I 11. Mai 82 E. 5 294 btr. Amtsunterschlgg. aus § 351;

b. bei strafb. Hdlgen, die erst durch Eintritt eines nachfolgenden, von der Schuld des Täters nicht umfaßten Umstandes zur juristischen Vollendung gelangen, nicht schon mit dem Abschluß der Willensbetätigung, sondern erst mit dem Eintritt des Umstandes beginnt (N. 10); so insbs. bezüglich des betrügl. und des einf. Bankerotts (KO. §§ 239 ff.), bei denen die Frist nicht schon mit der Beiseiteschaffung bzw. Unterlassung der Bilanzziehung, sondern erst mit der Zahlungseinstellung o. Konkurseröffnung, beginnt. So RG. II 15. Feb. 81 E. 3 350, 17. Jan. 82 N. 4 48, I 26. Juni 82 E. 7 391, Binding Hb. 1 838 u. Normen 1 213 N. 7, Oppenh.-D. N. 4. AM.: v. Liszt S. 295, H. Meyer S. 326, 600, Frank N. II, v. Schwarze N. 5. Vgl. u. KO. §§ 239 N. 35, 240 N. 24, 27.

12) Auf die sog. Zustandsdelikte (§ 73 N. 5c) im Unterschiede von den Dauerdelikten (N. 14a), findet das N. 11 gekennzeichnete Prinzip gleichfalls volle Anwendung. Die Vorschrift des § 171_3 (das. N. 10) stellt lediglich als eine Ausnahme sich dar, die darauf beruht, daß das V. der Doppelehe unrichtigerweise für ein Dauerdelikt angesehen worden ist, während es ein Zustandsdelikt ist.

13) Die für den Beginn der Verjhrg. maßgebenden Grundsätze (N. 9—12) finden prinzipiell gleichermaßen Anwendung auf Verbots- wie auf Gebotsverletzungen, mögen sie durch Handlgen o. durch Unterlassgen verübt worden sein (§ 1 N. 3). Stets beginnt die Verjhrg. mit dem Tage, an welchem die Hdlg. begangen ist (N. 11), also dann, wenn das strafb. Tun o. Unterlassen sein Ende erreicht hat, insbs. also bei den Omissivdelikten, wenn die Unterlassung durch Vornahme der gebotenen Hdlg. aufgehört hat, oder die Zeit abgelaufen ist, innerhalb welcher dieselbe noch vorgenommen werden konnte und sollte, bei den Kommissivdelikten durch Unterlassg. mit dem Tage der Beendigung der Unterlassg. oder des Eintritts des Erfolges, wodurch die Beendigung herbeigeführt wird; RG. II 2. Nov. 83 E. 9 152; vgl. auch Binding Hb. 1 840 u. Grundr. S. 257, Finger 1 581, Geyer 1 19 ff., Heinze HH. 2 617, v. Liszt S. 296, Oppenh.-D. N. 8, 8a, Rubo N. 14, Rüd.-St. N. 5. Andererseits kann die Verfolgung eines durch Hdlg. begangenen Deliktes nicht minder wie diejenige eines durch Unterlssg. verübten über die Vollendung hinaus (vielleicht länger als die Verjährungszeit) der Verjhrg. entzogen sein, weil sie als juristische Handelseinheit sich fortsetzte; RG. zit. E. 9 152, I 4. Juni 83 E. 8 390.

14) Aus dem N. 11 bezeichneten Prinzip ergibt sich folgendes:

a) Bei den sog. Dauerdelikten (§ 73 N. 5c) kann die Verjhrg. nicht beginnen, solange die Verübung dauert; erst mit deren Aufhören beginnt die Verjhrgsfrist zu laufen, gleichwie die Antragsfrist (§ 61 N. 34). So die GM., insbs. RG. II 2. Nov. 83 E. 9 152, III 23. Nov. 85 N. 7 692, de lege lata (wegen § 171_3) selbst v. Wächter S. 309, sowie Binding Hb. 1 836 u. Grundr. S. 256. Wegen weiterer Kasuistik vgl. N. 15.

b) Bei den sog. Kollektivdelikten (§ 73 N. 5d) findet eine einheitliche Verjhrg. statt, deren Fristenlauf, gleichwie bei der Antragsberechtgg. (§ 61 N. 34), erst mit dem letzten Akte der geschäfts-, gewerbs- o. gewohnheitsmäßigen Tätigkeit beginnt. So die GM., insbs. RG. I 4. Juni 83 E. 8 390. AM.: Binding Hb. 1 387 u. Grundr. S. 256, Heinze HH. 2 617, v. Wächter S. 309, Rubo N. 10, 11.

Dasselbe gilt, wenn nicht ein verbrecherisches gewerbsmäßiges Handeln den Tatbestand einer strafb. Hdlg. bildet, sondern ein Gewerbebetrieb als solcher aus bestimmten Gründen strafbar wird; zit. RG. E. 8 390, Berlin 11. Juli 72, 2. Mai 79, D. 13 407, 20 244.

Digitized by Google

c) Die Frage nach dem Beginn der Verjhrg. einer fortgesetzten strafb. Hdlg. (§ 73 N. 6 ff.), bei der jeder einzelne der zeitlich getrennten Akte allein schon die zum Tatbestande des Delikts gehörigen Merkmale vollständig enthält, ist der Natur der Sache nach in demselben Sinne zu entscheiden wie die entsprechende Frage, wieweit ein Strafantr. zur zur Verfolgung eines fortgesetzten V. genüge; vgl. deshalb § 61 N. 34_2. Dementsprechend nimmt auch die überwiegende M. an, daß die Zusammenfassung der verschiedenen sukzessiven Einzelakte zu einer juristischen Einheit, wie in allen übrigen Beziehungen so auch hier, ihre Konsequenz beweisen müsse, derartig, daß die Verjhrg. nur eine einheitliche sein könne, nicht aber, daß jeder nur als Erscheinungsform der einen Tat sich darstellende Akt für sich einer besonderen Verjhrg. unterliege; die Verjhrg. beginnt daher erst mit dem letzten Akte der als Einheit aufzufassenden Hdlg. So: RG. I 19. Juni 82, 4. Juni 83, 2. Apr. 94, E. 6 412, 8 390, 25 206, II 25. Mai 86 E. 14 145, III 3. März 84 E. 10 203 (besonders prinzipiell), 29. Nov. 83, 23. Apr., 23. Nov. 85, R. 5 740, 7 247, 692, IV 30. Sept. 87 R. 9 483, Berner S. 322, Finger 1 580, Hälschner 1 698, v. Liszt S. 296, Lucas S. 218, Merkel S. 245, H. Meyer S. 326, Schütze S. 209, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 5a A. 4 u. Verjhrg. S. 52, v. Lippelskirch G. 20 174, Bünger ZStrW. 8 627. AM.: Binding Hb. 1 836 f. u. Grundr. S. 256 (s. aber auch S. 131), Geyer 1 198, Heinze HH. 2 617 N. 13, v. Wächter S. 309, Rubo N. 12, Stenglein St. 5 266 N. *.

15) Ob eine strafb. Hdlg. ein Dauerdelikt (N. 14a) sei, läßt nur auf Grund des speziellen Verbrechenstatbestandes in Verbindung mit der Norm, welche durch die Strafandrohung geschützt werden soll, bzw. unter Ermittelung des gesetzgeberischen Gedankens sich feststellen; vgl.: Rubo N. 13, v. Schwarze N. 15, v. Lippelskirch G. 20 174 ff. Die Praxis hat das Vorliegen eines Dauerdeliktes:

I. angenommen:

a. auf Grund der Reichsgesetzgebung, nämlich:

α. des StGB., insbs. des § 140^1: RG. III 21. Juni 82^2 R. 4 595, I 28. Sept. 91, 18. Feb. 97, E. 22 161, 29 391 (die Verltg. der Wehrpflicht durch Verlassen des Inl. dauere, über den Wortlaut der Strafsatzung hinaus, durch Aufenthalt im Ausl. in gleicher Absicht fort; mit der Rückkehr ins Inl., gleichviel in welcher Absicht sie erfolge und wie lange sie dauere, beginne die Verjhrg.), sowie entsprechend der ersteren Alternative des § 360^3: Berlin 1. Juni 72, 8. Apr. 73, 11. Sept. 74, 17. Okt. 77, St. 1 315, 2 363, 4 212, 8 306 (die Verjhrg. beginne erst mit dem Ende der Verpflichtung, der Rückkehr ins Inl. oder der Einholung der Erlaubnis); ferner des § 330: RG. II 2. Nov. 83 E. 9 152 (das fahrl. Verhalten des Bauausführenden endige nicht schon mit der Beendigung des Baues, sondern dauere unter Ausschluß der Verjhrg. nachher und nach der polizeil. Bauabnahme so lange fort, als es ihm noch möglich, den demnächst eingetretenen Erfolg [i. c. die Inbrandsetzg.] vorherzusehen und für dessen Abwendung zu sorgen, — eine Entscheidung, die angesichts des im § 330 aufgestellten Tatbestandes höchst bedenklich erscheint);

β. der GewerbeO., insbs. des § 138: RG. I 21. Dez. 83 E. 9 353 (die Anzeigepflicht dauere während der ganzen Beschäftigungszeit der jugendl. Arbeiter fort), sowie des § 147^2: Berlin 2. Juni 74, 30. Sept. 75, St. 4 82, O. 16 620 (die Verjhrgsfrist laufe nicht während des Bestehens der gesetzwidrig angelegten Betriebsstätten);

γ. des PreßG. § 11: Berlin KG. 28. Feb. 84 Jahrb. 5 278 (die Verjhrg. könne nicht beginnen, solange die Verpflichtung zur Berichtigung nicht erfüllt sei, da diese Verpflichtung des Redakteurs als ein Korrelat des fortdauernden Rechtes des Einsenders auf Berichtigung sich darstelle);

δ. des ImpfG. v. 8. Apr. 1874 § 12: Dresden 3. Dez. 77 St. 7 378 (die Verjhrg. der Unterlassung des Nachweises stattgehabter Impfung beginne nicht mit dem Ablaufe des dazu gestellten Termins);

b. auf Grund des Preußischen Landesrechtes, nämlich:

α. des VereinsG. v. 11. März 1850 § 2: Berlin 14. Mai 79 O. 20 257 (die Verjhrg. beginne nicht schon mit Ablauf der 3tägig. Frist, sondern erst mit der Einreichung der Anzeige);

β. der Gewerbe- bzw. Gebäudesteuer-Gesetze: Berlin 11. Juli 72, 16. Jan. 78,

Digitized by Google

O. 13 407, 19 15 (die Frist der Anmeldung sei für den Beginn der Verjhrg. nicht maßgebend und die unterlassene Anmeldung sei ein Dauerverg.); so auch RG. I 4. Juni 83 E. 8 390, zugleich mit der weiteren Ausführung, daß die Steuerenthaltung, welche das Wesen des, übrigens reinen, Omissivdeliktes aus GebäudestG. v. 21. Mai 1861 § 17 ausmache, bei der Nichtzahlung der Steuer während einer Reihe von Jahren keine einheitliche sei, sondern sich wiederhole, so daß die Verjhrg. jedes einzelnen Verg. mit Ablauf des Etatsjahres beginne; ebenso in letzterer Beziehung Berlin KG. 10. Dez. 96, 25. Jan. 97, Jahrb. 18 235, 260;

c. auf Grund der BayerG. v. 15. Aug. 1828 § 17 u. 19. Mai 1851 btr. die allg. Haussk.; RG. I 4. Juni 83 E. 8 414 (das Omissivdel. dauere durch Verschweigen fort, bis der zur Fassion Verpflichtete die verschwiegene Wahrheit bekenne, so daß die Verjhrg. nicht schon mit der Angabe einer falschen Fassion beginne);

d. auf Grund des AnhaltPolStG. v. 29. März 1855 Art. 193[3]: RG. III 5. März 81 R. 3 117 (die Verjhrg. laufe nicht, solange der herbeigeführte feuergefährl. Zustand dauere);

II. verneint:

a. auf Grund des StGB. und zwar des:

§ 367[15]: RG. I 15. Feb. 04 E. 37 78 (die „Ausführung" eines Bauwerks bilde in ihrer Gesamtheit eine einheitl. Handlung, die erst mit Erreichung ihres Endzwecks zum Abschluß gelange, falls nicht etwa aus einem bes. Grunde ein früherer Abschluß eintrete; nach dem Abschluß sei die Fortdauer des hierdurch geschaffenen ordnungswidrigen Zustandes für den Tatbestand belanglos), Berlin 22. Okt. 74, 5. Mai 76, O. 15 709, 17 332; dagegen unterscheidet München ObersteszG. 11. Dez. 02 E. 3 131, jenachdem das eigenmächtige Handeln unter Strafe gestellt sei (Bauvollendung), oder auch das Fortbestehen des eigenmächtig geschaffenen Zustandes mit Rücksicht auf dessen Gefährlichkeit (Bestehen des gefahrdrohenden Zustandes); vgl. noch: 15. Jan. 01 (entscheidend sei der Zeitpunkt der wirkl. Bauvollendung, nicht schon der der planwidrigen Detailausführung), 6. Juli 01, 28. Feb. 03, E. 1 252, 2 3, 3 219; aM. durchweg Dresden OLG. vom Standpunkte der KglSächsBaupolizeigesetzgbg., z. B. 17. Feb. 90, 19. Nov. 91, 6. Apr. 99, SächsA. 11 320, 13 315, 21 18;

§ 368[3]: RG. IV 29. März 92 E. 22 435 (mit der Errichtung o. Verlegung der Feuerstätte sei die Übertr. begangen);

b. auf Grund des Preußischen Landesrechtes, nämlich des DeichG. v. 28. Jan. 1848: RG. I 14. Feb. 81 E. 3 382 (in den Fällen des § 1 liege das Strafbare nicht in dem Bestehen eines gewissen Zustandes, sondern in der verbotswidrigen Hdlg., insbs. dem Verlegen des Deiches bzw. Zerstören 2c.).

16) Die zunächst für das vollendete V. und die Täterschaft entwickelten Grundsätze über den Beginn der Verjhrg. ergeben für die übrigen Deliktsformen folgende eigentümliche Resultate:

a) Beim Versuch eines V. (§ 43) beginnt die Verjhrg. mit Beendigung der letzten Versuchshdlg. zu laufen; so die GM.

b) Bei Mittäterschaft (§ 47) beginnt für alle Mittäter die Verjhrgsfrist gleichmäßig mit der Beendigung des letzten Aktes des gemeinschaftlichen verbrecherischen Handelns auch nur seitens eines Mittäters; es folgt dieses aus der Natur der Mittäterschaft, welche die Tätigkeit aller Mittäter als ein einheitliches Handeln erscheinen läßt. So: Binding Hb. 1 839, Schütze S. 209, Oppenh.-D. N. 10, v. Schwarze N. 5, Birkmeyer Teiln. S. 174. AM.: Hälschner 1 700, H. Meyer S. 327, Rubo N. 15.

c) Bei Anstiftung und Beihilfe (§§ 48, 49) kann die Verjhrg., nach der Ausführung in N. 9 u. 10, erst beginnen, wenn die btr. Teilnahmehdlgen durch Begehung der Haupttat (i. S. der N. 9) den Charakter strafb. Hdlgen erlangt haben. Auch für die Anstiftg. speziell kann nichts anderes gelten; denn die Haupttat, zu welcher der Täter durch die Anstiftung bestimmt wurde, erscheint nicht als ein verursachter „Erfolg" i. S. des Abs. 4 (§ 48 N. 4), vielmehr ist sie höchstens als die Wirkung anzusehen, die eingetreten sein muß, damit die Hdlg. überhaupt bis zur Strafbarkeit gedeihe, da sonst nicht einmal

Digitized by Google

ein Versuch vorliegen würde. So: RG. II 30. Dez. 81, 26. Okt. 97, E. 5 282, 30 300 (310), ersteres Anstiftg., dieses Beih. btr., Binding Hb. 1 840 u. Grundr. S. 257, Geyer 1 197, HH. 2 375, 402 u. HRl. „Verjhrg.", Heinze HH. 2 617 f., Lucas S. 220, Schütze S. 209, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 7, Birkmeyer Teiln. S. 173 u. speziell btr. der Anstiftg.: v. Wächter S. 308, v. Schwarze N. 5. AM.: Finger 1 579, Hälschner 1 700, v. Liszt S. 295, H. Meyer S. 327, Rubo N. 15 und speziell btr. der Beihilfe v. Wächter u. v. Schwarze aO.

17) Davon, daß die Strafverfolgung möglich — accusatio nata — sei, ist der Beginn der Verjhrg. nicht abhängig gemacht.

Ausnahmen von der Vorschrift des Abs. 4 enthalten das WechselstplstG. § 17, das LiterarG. § 50$_2$, sowie die SeemannsO. § 121$_2$ (vgl. hierüber § 298 N. 6).

§. 68.

Jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet ist, unterbricht die Verjährung.

Die Unterbrechung findet nur rücksichtlich desjenigen statt, auf welchen die Handlung sich bezieht.

Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

PrStGB. §§ 47, 48, 339 Abs. 2, 3. Entw. I §§ 61, 62, II § 66. StB. S. 237, 238, 1149.
EGMStGO. § 10.

Ausnahmen 5, 6.
Beweislast 22.
Einstellung, vorläufige 9.
„Gegen" s. Handlg.
Geschäftsbetrieb, innerer 15 a.
Haft, Untersuchungsh. 14.
Handlung (s. auch Tat),
des Richters 4, 14,
gegen d. Täter 9, 10,
jede . . 15.
Konkurrenz, ideale 12,
reale . . 13.
Ladung 9.
Organ des Richters 6.
Richter = Strafrichter 2, 3.
Richter, inl. 2, ausl. 2, 6,
ersuchter 6.
Rücksichtlich d. Täters 19.
Staatsanwalt 1.
Strafantrag, fehlender 16 a.
Strafbescheid, -verfügung 5 a.
Tat (s. auch Handlg.),
begangene, konkrete, falsche
Qualifikation 11.
Täter 8, bestimmter 7.
falsche Bezeichnung 7,
Kenntnis seitens des T. 15 b.
Unterbrechung, Wirkung 19,
d. neuen Djhrg. 21.
Unzuständigkeitsbeschl. 9.
Vergleichsbehörde 3.
Verjährung, neue 20, 21,
Nichtbeginn 18.
Verwaltungsstrafverf. 5 a, 16 b.
Wechselstempelverg. 5 b.
Wegen d. Tat 11.
Wirkungslosigkeit einer Unterbrechungshdlg. 18.
Zuständigkeit d. Richters,
abstrakte 16,
konkrete 17.

1) In Anlehnung an das PrStGB. § 48 schlug der Entw. vor, daß außer richterlichen auch staatsanwaltschaftliche Hdlgen zur Unterbrechung der Verjhrg. geeignet sein sollten. Durch Beschluß des RT. wurde aber den Hdlgen der StAschaft diese Einwirkung auf den Lauf der Verjhrsfrist entzogen und zwar nach den Ausführungen Laskers hauptsächlich, weil die Verjhrg. der Strafverfolgung wesentlich durch die Verdunkelung der Beweismomente und die Schädigung der Verteidigung gerechtfertigt sei, diesem Momente aber nicht durch häufig der Kenntnis entzogene Verfügungen der StAschaft Rechnung getragen werde.

Der Entw. der StGR. forderte im Art. I § 68 das Recht der StAschaft zur Unterbrechung vergebens zurück; StB. 1875/76 S. 635 ff.

Zu § 68 Absatz 1. N. 2—18.

2) Daß Abs. 1 nur von einer im Strafverfahren gegen den Täter gerichteten Hdlg. und somit nur von einer Hdlg. des Strafrichters spricht, kann mit Rücksicht auf die Stellung der Bestimmung im StGB. nicht zweifelhaft sein; RG. IV 8. Dez. 96 E. 29 234, Finger 1 582, Hälschner 1 700, Schütze S. 210, Oppenh.-D. N. 9; hiernach sind Auskünfte, welche auf Ersuchen der StAschaft ein Zivilprozeß- o. ein Vormundschaftsrichter aus ihren Akten über den Angeklagten erteilen, zur Unterbrechung der Verjhrg. ungeeignet; so das zit. RG. E. 29 234; unrichtig erscheint dagegen Berlin KG. 22. Okt. 94 Jahrb. 16 303, wenn es ein an den Amtsanwalt gerichtetes richterl. Ersuchen um Berichtigg. eines in der Anklage vorgefallenen Versehens als „Akt der Kollegialität" im Gegensatz

Digitized by Google

zu einem Akt der Strafgerichtsbarkeit zur Unterbrechung für ungeeignet erachtet. Im übrigen bezeichnet § 68 nicht das Verfahren, in dem der richterliche Akt vorgenommen sein muß, so daß er auch auf Ersuchen (N. 6) im Verwaltungsstrafverfahren stattgefunden haben kann; RG. IV 11. Mai 86, I 14. Jan. 89, E. 14 134, 18 401.

Nach der Redaktion des StGB. (§ 31 N. 8) ist zweifellos der inländische und nicht der ausländische Richter gemeint (s. jedoch N. 6), woraus einerseits folgt, daß selbst eine im Ausl. eingetretene Bestrafung die Verjhrg. der Strafverfolgung im Inl. nicht unterbricht (§ 37 N. 11; so die GM., namentl. Berlin, z. B. 25. Feb. 76 O. 17 144), andererseits aber wegen der Übereinstimmung des „Inlandes" mit dem Gebiete des DR., daß die in Einem Bundesstaate erfolgte Unterbrechung für die Strafgewalten sämtlicher Bundesstaaten wirksam ist, selbst wenn es um die Zuwiderhdlg. gegen ein Landesgesetz sich handelt; so: Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 8 u., schon vor Geltung der StPO., Berlin 29. Mai 77 St. 7 23 sowie Heinze HH. 2 623; aM.: Binding Hb. 1 849, Finger 1 582 N. 737, Hälschner 1 701.

3) Wer Strafrichter sei, erhellt aus dem GVG. und aus der MStGO.; vgl. Berlin 6. Juli 72 O. 13 391 über die Unterbrechung seitens eines Militär-Strafrichters; deshalb zu eng RG. III 28. Dez. 98 E. 31 370 („nur die mit Ausübung der Rechtspflege betrauten richterl. Beamten i. S. des GVG. Tit. I"). Danach gehören auch die Geschworenen dazu (Binding Hb. 1 850), so daß die Fällung des Geschworenenspruches eine Unterbrechungshdlg. ist. Dagegen hat der Ausspruch einer nach StPO. § 420 anzugehenden Vergleichsbehörde eine solche Wirkung nicht; v. Schwarze N. 1 A. 1.

„Richter" ist, je nach den für den Einzelfall maßgebenden gesetzl. Bestimmungen, entweder eine einzelne richterliche Person (z. B. der Gerichtsvorsitzende) oder das Gericht als solches (z. B. die Strafkammer); RG. I 23. Okt. 93 E. 24 340. Ist unter „Richter" ein Kollegium zu verstehen, so ist die Vornahme einer Hdlg. durch ein einzelnes seiner Mitglieder, z. B. die Absetzung eines Strafkammerurteils, nicht zur Unterbrechung geeignet, vielmehr stellt erst die Hinzufügung der letzten fehlenden Unterschrift die „richterliche Handlung" her; Binding aO.

Eine Erweiterung bzw. in gewissem Umfange eine authentische Auslegung hat § 68 erfahren durch § 10 des EGMStGO., wonach einer „richterliche Handlung i. S. des § 68" jede Hdlg. gleichsteht, welche „von dem Gerichtsherrn, dem untersuchungsführenden und dem die Anklage vertretenden Gerichtsoffizier, Kriegsgerichtsrat oder Oberkriegsgerichtsrat sowie in den Fällen des § 3 des EGMStGO. vom Disziplinarvorgesetzten wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet wird." Demgemäß unterbricht auch, ohne daß es einer weiteren Bestimmung bedurfte, die Strafverfügung des Gerichtsherrn (MStGO. § 350) die Verjährung.

4) Daraus, daß nur eine „Handlung des Richters", d. h. eine vom Strafrichter in seiner richterlichen Eigenschaft vorgenommene Hdlg., die Verjhrg. unterbricht, folgt, daß Verfügungen, welche ein Richter (Gericht) als Aufsichtsbehörde erläßt, dazu nicht geeignet sind (Berlin 18. Juni 75 O. 16 466), noch weniger aber Anzeigen (Denunziationen) desselben; denn bei diesen tritt der Richter als Privatmann, oder, falls sie auf amtlichen Wahrnehmungen beruhen, in seiner allgemeinen Beamteneigenschaft auf.

5) Von der Regel, daß nur die Hdlg. des Richters die Verjhrg. der Strafverfolgung zu unterbrechen geeignet sei, gibt es (abgesehen von dem N. 3_3 btr. des Militärstrafgerichtsverfahrens Bemerkten) einige Ausnahmen:

a) Nach StPO. §§ 453_1, 459_3 wirken die polizeiliche Strafverfügung und der Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde — u. zwar ihr Erlaß, nicht erst die Zustellung (Berlin KG. 29. März 94 Jahrb. 15 272) o. die Kenntnisnahme davon (Finger 1 585) — in betreff der Unterbrechung der Verjhrg. wie eine richterliche Hdlg.; weitergehend sieht Binding Hb. 1 850 hierin nur eine Anwendung des Prinzips, daß eine Verwaltungsbehörde, soweit sie Strafgerichtsbarkeit besitze, i. S. des § 68 Richter sei, weshalb jeder richterl. Akt der Verwaltungsbehörde unterbreche; vgl. jedoch RG. I 7. Feb., III 8. Dez. 98, E. 31 9, 370, wonach die Verjhrg. einer Gebührenhinterziehung durch das nach Art. 145 des Bayer.

Digitized by Google

GebührenG. v. 6. Juli 1892 vorgeschriebene amtl. Verfahren nicht unterbrochen wird, dsgl. die Zuwiderhdlg. gg. § 66 des Preuß. EinkommenstG. v. 24. Juni 1891 nicht durch die Verfügung der Einleitung der Untersuchung seitens des Vorsitzenden der Veranlagungskommission.

Die poliz. Strafverfügung usw. übt die unterbrechende Wirkung selbst dann aus, wenn sie demnächst zurückgezogen wurde, weil die Tat nach anderen rechtl. Vorschriften beurteilt werden sollte, auf Grund deren eine Strafverf. nicht zulässig gewesen wäre; Dresden OLG. 14. Feb. 01 SächsA. 22 294. Anders dagegen, wenn die Verfügung (der Bescheid) wg. einer strafb. Hdlg. erlassen wurde, btr. deren die Straffestsetzung durch Strafverf. (o. -bescheid) unzulässig war; München ObersteLG. 21. Mai 02 E. 2 372 (s. u. N. 16).

b) Nach WechselstplstG. § 17 (vgl. EG. § 2 N. 13 b) wird die Verjhrg. „durch jede auf Verfolgung der Hinterziehung gegen den Angeschuldigten gerichtete amtliche Hdlg." unterbrochen; dabei ist jedoch nach § 20 das. Voraussetzung, daß der Beamte wenigstens im allgemeinen zuständig war (s. u. N. 16), d. h. daß ihm die Beaufsichtigung des Wechselstempelwesens obliegt; Berlin 1. Juni 77 O. 18 364.

6) Andere Ausnahmen sind gesetzlich nicht zugelassen und deshalb kann die von Berlin 4. Dez. 73 O. 14 771 ausgesprochene Ansicht, „daß die von einem anderen Beamten oder einer anderen Behörde in Vertretung des Richters verrichtete Amtshdlg. die gleiche Bedeutung wie diejenige des Richters" habe, nicht gebilligt werden, da die an sich klare Vorschrift des Abs. 1 zum Nachteil des Täters nicht ausdehnend ausgelegt werden darf, keineswegs aber die Stellvertretung ein allgemein Platz greifendes Institut ist (vgl. jedoch N. 5a).

Dagegen wird man jener Entscheidung darin zustimmen müssen, daß Hdlgen, die von anderen Beamten lediglich als Organ des Richters auf dessen Anordnung ausgeführt sind, als Hdlgen des letzteren anzusehen sind, denn das entspricht einem allgemeinen juristischen Grundsatze; aus diesem Grunde erscheint z. B. die nach StPO. § 36_2 auf Veranlassung des Untersuchungs- o. Amtsrichters bewirkte Zustellung selbst als eine Unterbrechungshdlg.; so: Berlin 11. Feb. 74 St. 3 285, Binding Hb. 1 850, Geyer HRl. „Verjhrg.", v. Wächter S. 310, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 9; aM.: H. Meyer S. 328, Oppenh.-D. N. 15. Dasselbe gilt von Hdlgen eines ersuchten Richters (so auch das N. 2 zit. RG. E. 14 134) und deshalb ist auch die von einem seitens eines inl. Richters ersuchten ausländischen (§ 8 N. 3a) Richter vorgenommene Hdlg. als vom inländischen ausgehend anzusehen (N. 2_2); so, außer Binding, v. Wächter u. Rubo N. 4, auch Oppenh.-D. aO.; aM. H. Meyer S. 329.

7) Jede Hdlg., welche wegen der begangenen Tat „gegen den Täter" gerichtet ist, unterbricht die Verjhrg. Gleichwie das PrStGB. in den §§ 47, 48 eine Unterbrechung der Verjhrg. nur zuließ, falls die Untersuchungshdlg. gegen einen bestimmten Angeschuldigten sich richtete (Goltd. Mat. 1 440), so unterbricht auch nach dem RStGB. nur eine gegen einen bestimmten Täter gerichtete Hdlg. die Verjhrg., was schon aus der Fassung des Abs. 1 erhellt, durch Abs. 2 aber bestätigt wird; so die GM., insbs. RG. I 27. Apr. 82 E. 6 212. Eine Folge davon ist, daß das selbständig auf Einziehung gemäß § 42 (das. N. 11) gerichtete Verfahren wegen seines objektiven Charakters nicht die Verjhrg. der Strafverfolgung gegen den Täter unterbrechen kann; zit. RG. E. 6 212, Binding Hb. 1 852, Oppenh.-D. N. 37.

Der Umstand, daß gegen den Täter unter einer falschen Bezeichnung oder Benennung vorgegangen wird, steht der Unterbrechung nicht entgegen, weil die Hdlg. gegen den Täter als ein bestimmtes Individuum sich richtet, hierin aber durch eine falsche Bezeichnung oder Benennung desselben (sei es nach Vornamen oder auch nach Zunamen) nichts geändert wird; so die GM., insbs. Berlin 10. Jan. 72 O. 13 19. Nur wenn die falsche Bezeichnung tatsächlich zweifelhaft machen sollte, gegen wen die Handlung sich richtete, kann die Unterbrechung der Verjhrg. nicht angenommen werden; Binding Hb. 1 852 N. 15.

8) „Täter" ist hier in seiner weitesten Bedeutung (T. I Abschn. 3 N. 7) zu verstehen und begreift die Teilnehmer mit. In der zweiten Beratung des RT. wurde hinter Täter „oder Teilnehmer" eingeschoben, dieser Zusatz jedoch als überflüssig in dritter Beratung wieder gestrichen. So die GM. Es begreift der Ausdruck sogar den für den wirklichen „Täter" bloß subsidiär haftbaren Dritten; vgl. RG. III 7. Juni 83 E. 8 362.

Digitized by Google

9) Die Hdlg. ist nicht schon dann „gegen" den Täter gerichtet, wenn sie überhaupt auf ihn sich „bezieht" (Abs. 2), sondern nur, wenn sie mit der Absicht seiner Verfolgung vorgenommen wird; Binding Hb. 1 852, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 4, 10. Eine solche Absicht liegt aber mit Notwendigkeit jeder Hdlg. zugrunde, die den Zweck verfolgt, die Verjhrg. zu unterbrechen, weshalb die Ansicht von Finger 1 583 N. 738, daß eine Hdlg., die nachweislich nur den Zweck verfolgt, die Verjhrg. zu unterbrechen, hierzu nicht geeignet sei, schief ist.

Nicht anzunehmen ist jene Absicht bei: der Verfügung von Reproduktionen, als Anordnungen ohne materiellen Gehalt f. d. Untersuchung (RG. II 6. Feb. 91 E. 21 308); dem Versehen eines die Untersuchungssache btr. Antrages mit dem Eingangsvermerke (Berlin 30. Nov. 75 O. 16 764); der Vorladung und Vernehmung des Täters als Zeugen, selbst dann nicht, wenn der Geladene die strafb. Hdlg. zugesteht und unbeeidigt vernommen wird (RG. I 24. Nov. 79 E. 1 231), der Übermittelung einer Anzeige seitens des Gerichts an die StAschaft zur zuständigen Entschließung (Dresden OLG. 9. Nov. 99 SächsA. 21 16). Das Gegenteil der Verfolgung findet sogar statt, wenn durch die richterliche Hdlg. die Verfolgung, z. B. wegen fehlenden Strafantr., für unzulässig erklärt (StPO. § 259_2), oder wegen Unzulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung bei schwebendem Verwaltungsverfahren (EGStPO. § 6^3) ein auf Einstellung des Verfahrens lautendes Urteil ergeht; Binding aO.

Andererseits erscheinen zur Unterbrechung der Verjhrg. geeignet: eine auf Grund der §§ 164_3, 191 StPO. seitens des Richters an die StAschaft gerichtete Anfrage über den Stand des Strafverfahrens (RG. II 16. Dez. 79 E. 27 452; vgl. dagegen Berlin KG. 4. Apr. 89 Jahrb. 9 159, welches in der Einziehung von Erkundigungen über die Lage des Zivilprozesses, dessen Entscheidung abgewartet werden sollte, und dem hierauf bezüglichen Schriftwechsel mit der StAschaft keine Unterbrechung sah); eine Verfügung des Gerichtsvorsitzenden, welche die Ermöglichung der Anberaumung einer anderweiten Hauptverhdlg. bezweckt (RG. I 23. Okt. 93 E. 24 340); ein Unzuständigkeitsbeschluß nach StPO. § 270, weil durch ihn gleichzeitig die Sache an das zuständige Gericht verwiesen wird; ein Beschluß auf vorläufige Einstellung des Verfahrens nach StPO. § 203 oder § 208, weil ersterer ausspricht, daß das Ergebnis der Voruntersuchung genügenden Anlaß zur Fortsetzung des Strafverfahrens gebe, letzterer die Verdächtigkeit des Angeschuldigten feststellt und die Grundlage für einen demnächstigen Eröffnungsbeschluß bildet (RG. zit. E. 21 308, 1 7. März 95 E. 27 81 btr. StPO. § 203, Binding Hb. 1 852 N. 16, Löwe-H. StPO. §§ 203 N. 5, 208 N. 10); sowie ein die Eröffnung des Verfahrens wegen Rechtshängigkeit ablehnender Gerichtsbeschluß, weil er die Fortsetzung eines bereits anhängigen Verfahrens bestätigt (so München 4. Mai 78 St. 8 88; aM. Binding aO.); endlich selbst die Verfügung der Ladung von Entlastungszeugen, weil auch diese dem Zwecke der Durchführung der einmal eröffneten Strafverfolgung dient (so: Binding Hb. 1 852, v. Wächter S. 310, Oppenh.-D. N. 29, Rüd.-St. N. 10).

10) Die Frage, ob eine richterl. Hdlg. gegen eine bestimmte Person (N. 7) gerichtet sei, ist nicht allein aus dieser Hdlg. selbst — z. B. der Verfügung (N. 14) — zu entnehmen, sondern im Zusammenhange mit den sonstigen Vorgängen, namentl. den Anträgen der StAschaft zu entscheiden; RG. II 28. Nov 84 R. 6 768.

11) „Wegen der begangenen Tat" muß die richterl. Hdlg. vorgenommen sein, d. h. also sie muß eine konkrete Tat (§ 67 N. 11) betreffen; deshalb ist es gleichgültig, ob die Tat bei der Unterbrechungshdlg. richtig qualifiziert wurde, bzw. ob das demnächst erkennende Gericht die Tat anders qualifizierte. So die GM., insbs.: RG. III 19. Okt. 85, I 16. März 93, E. 13 57, 24 77 (beide btr. Einleitg. d. Strafverfolgg. wg. Jagdvergehens sowie Verurteilung wg. Jagdpolizeiübertr. bzw. aus § 368^{10}), I 12. Jan. 88 R. 10 31 (Eröffnung der Voruntersuchg. aus § 268^1, Verurtlg. aus § 246). Der juristischen Qualifizierung, insbesondere unter Anführung des Strafgesetzes, bedarf es zur Kennzeichnung der Tat überhaupt nicht; RG. II 26. Okt. 97 E. 30 300.

12) Da die Hdlg. eine konkrete Tat (N. 11) betrifft, so geschieht die Unterbrechung in allen Beziehungen, in denen Idealkonk. (§ 73) vorliegt, auch wenn die Hdlg. selbst —

Digitized by Google

z. B. der Eröffnungsbeschluß — diese nicht vollständig klar legt; so: RG. III 8. Okt 00 E. 33 426, Dresden 29. Apr. 78 St. 8 87, Berlin KG. 4. Jan. 86 Jahrb. 6 274, Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 2; aM. Binding Hb. 1 851. Mit Recht hat deshalb RG. II 22. Jan. 97 E. 29 344 angenommen, daß, unter der Voraussetzung einer und derselben Zahlungseinstllg. (§ 73 N. 21 b) die Verjhrg. der Strafverfolgung wg. einf. Bankerotts (KO. § 240) durch eine wg. Verdachts des Vorliegens eines betrügl. Bankerotts (KO. § 239) vorgenommene richtl. Hdlg. unterbrochen werde. Das Gesagte trifft auch für den Fall zu, wenn die Strafverfolgung der einheitl. Tat wg. Mangels des erforderlichen Strafantrages oder wg. eines anderen Prozeßhindernisses z. B. der Unterbrechungshdlg. noch unstatthaft war und erst später zulässig wird; das zit. RG. E. 33 426 (nicht entgegenstehend das N. 16a zit. E. 6 37, wo es ausschließlich um ein Antragsdelikt sich handelt).

13) Eine richterliche Hdlg. kann aber auch gleichzeitig mehrere real konkurrierende (§ 74) Taten betreffen und zwar entweder so, daß dies äußerlich sofort sich ausprägt, z. B. bei einem wegen mehrerer Straftaten ergehenden Urteil, oder derartig, daß solches nicht der Fall ist, z. B. bei dem Ersuchen des Untersuchungsrichters wegen Übersendung von Vorbestrafungsakten; mag hier auch, z. B. wenn ein Diebst. im wiederholten Rückfall und eine Übertr. in Frage stehen, die Hdlg. an sich nur mit Rücksicht auf die eine Hdlg. geschehen sein, so wird doch, soweit nicht der Richter selbst scheidet, eine Unterscheidung in der durch sachlichen Zusammenhang (StPO. § 2) begründeten einheitlichen Untersuchung nicht gemacht werden dürfen. Betrifft aber eine richterliche Handlung ausdrücklich nur eine der verschiedenen Taten, so geschieht die Unterbrechung auch nur rücksichtlich dieser; so: RG. IV 7. Dez. 86 E. 15 107 (durch die Unterbrechg. der Verjhrg. der Strafverfigg. wg. Kindesmordes — § 217 — sei diejenige wg. Beiseiteschaffung eines Leichnams — § 367[1] — nicht unterbrochen), Binding Hb. 1 851, Finger 1 583, Oppenh.-D. N. 17; aM.: Heinze HH. 2 625, v. Schwarze N. 6.

14) Eine „Handlung" des Richters unterbricht die Verjhrg.; demgemäß also der einzelne Akt, den der Richter in der btr. Richtung vornimmt, also z. B. die Absetzung einer Verfügung (Oppenh.-D. N. 36; s. o. N. 10), die Vollziehung einer Reinschrift, die Vornahme einer Verhaftung.

Weil aber die „Handlung" unterbricht, so hat eben nur diese selbst die unterbrechende Wirkung und man kann, wenn sie nicht selbst sich fortsetzt, nicht eine Fortdauer der Wirkung bis zur Erledigung des Verfügten annehmen; Berlin 4. Juni 78 St. 8 90. Eine Fortdauer der richterlichen Hdlg. der Verhaftung liegt vor, solange die Untersuchungshaft selbst dauert, weil der Untersuchungsgefangene unter der beständigen Aufsicht des Richters steht; demgemäß wird die Verjhrg. durch die Untersuchungshaft während ihrer ganzen Dauer unterbrochen; Binding Hb. 1 853, Heinze HH. 2 625, v. Wächter S. 310, Oppenh.-D. N. 15. Dagegen kann ein Gleiches bei der Anberaumung eines Termines der Hauptverhdlg. nicht angenommen werden; s. u. N. 20_2.

15) „Jede" in der N. 9 bezeichneten Absicht vorgenommene richterl. Hdlg., mag ihre äußere Veranlassung gewesen sein, welche sie wolle (RG. III 12. Jan. 85 E. 11 364), unterbricht die Verjhrg., was dem Gedanken des § 66 (das. N. 5) entspricht, daß die Verjhrg. in ihrer unmittelbaren Wirkung gegen die Strafverfolgung sich richte; v. Risch GS. 36 279. Demgemäß unterbricht eine derartige richterliche Hdlg. die Verjhrg.:

a. wenn sie auch nur als eine solche „des inneren Geschäftsbetriebes", als ein „innerer Vorgang" sich darstellt; so Frank N. II 2c u. Rubo N. 8, auch RG. II 28. Nov. 84, 26. Okt. 97, N. 6 768, E. 30 300 (309); vgl. auch das N. 9_3 zit. G. 27 452, ferner das N. 9_2 zit. E. 1 231 sowie das N. 7_1 zit. E. 6 212, welche an sich eine Vorladungsverfügung für nicht ungeeignet zu erachten scheinen; die GM. ist entgegengesetzt, insbs. Dresden 31. Mai 78 St. 8 89 (vgl. auch StB. von 1870 S. 237, von 1875/76 S. 635);

b. wenn sie auch nicht zur Kenntnis des Täters gekommen war; so: v. Wächter S. 310, v. Schwarze N. 7; aM.: Jena 20. Dez. 71 St. 1 266, Rüd.-St. N. 9;

c. wenn sie auch nur eine, noch der Ausführung bedürfende, Verfügung ist bzw. ein Beschluß, daß das und das geschehen solle (s. o. a); aM.: Dresden 10. Juli 74 St. 4 169, v. Schwarze N. 4.

Digitized by Google

Unterbrechende richterliche Hdlgen sind beispielsweise außer den bereits erwähnten Vorladungsverfügungen: die Eröffnung der Voruntersuchung (vgl. Berlin 4. Juni 78 St. 8 90), die Zeugenvernehmung des Bestohlenen über den obj. u. subj. Tatbestand (mag auch der nächste Zweck die Zurückgabe des gestohlenen Guts gewesen sein; so zit. RG. E. 11 364), der Beschluß btr. die Aussetzung des Strafverfahrens in Gemäßheit der StPO. § 261, behufs Herbeiführung einer Entscheidung des Zivilgerichts (Berlin KG. 3. Dez. 85 Jahrb. 6 167).

16) Eine Einschränkung muß der Satz, daß jede richterliche Hdlg. zur Unterbrechung der Verjhrg. geeignet sei, erfahren; ist auch nicht erforderlich, daß die Hdlg. den Gesetzen entspreche, also z. B. bei einem wg. einer Übertretung erlassenen Haftbefehle die Voraussetzungen des § 113 StPO. vorliegen, so muß doch der Richter zur strafrechtl. Verfolgung strafb. Hdlgen und zur Vornahme der btr. Hdlg. überhaupt zuständig sein; denn entbehrt die Hdlg. des Richters wegen Mangels der abstrakten Zuständigkeit desselben jeder Gültigkeit, so kann sie auch keine dem Täter nachteilige Wirkung äußern; so außer dem N. 5a, zit. München Oberstes LG. E. 2372: Berner S. 315, Finger 1 585, Hälschner 1 700, Lucas S. 220, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 8, der Sache nach auch v. Wächter S. 311. Die Verjhrg. wird deshalb z. B. nicht unterbrochen:

a. durch eine richterl. Hdlg. vor Stellung des erforderlichen Strafantrages, außer in den durch die StPO. zugelassenen Ausnahmefällen (§ 61 N. 56); RG. I 13. Feb. 82 E. 6 37 (s. das N. 12 zit. RG. E. 33 426), Berlin 15. Mai 79 O. 20 260, Binding Hb. 1 852 N. 20 u. Grundr. S. 257, Geyer 1 200, v. Wächter S. 311, Oppenh.-D. N. 11; aM. Rüd.-St. N. 7, auch Köhler Strafantrag S. 133, für den Fall der demnächstigen Stellung eines Antrages;

b. durch eine richterliche Hdlg. vor Erteilung der erforderlichen Genehmigung des RT. o. der gesetzgebenden Versammlung eines Bundesstaats oder nach Aufhebung des anhängigen Verfahrens auf Verlangen einer dieser Körperschaften, beides für die Dauer der Sitzungsperiode (RV. Art. 31, 3, EGStPO. § 6[1]; vgl. auch § 11 N. 7); RG. IV 24. Juli 92 (btr. RV. Art. 31, 3), 9. Juni 93 (btr. RV. Art. 31, 1), E. 23 184, 24 205;

c. durch eine richterliche Hdlg. vor Abstandnahme bzw. Erledignng des Strafverfahrens vor den Verwaltungsbehörden, wo solches zunächst stattzufinden hat (StPO. Buch VI Abschn. 3 i. V. mit EGStPO. § 6, 3);

d. durch ein — demnächst in höherer Instanz beseitigtes — Urteil, welches wegen einer gar nicht unter Anklage gestellten Tat ergeht; Berlin 26. Okt. 75 St. 5 242.

17) Für die Frage, ob nur die Hdlg. eines im Einzelfalle — örtlich und sachlich — zuständigen Richters die Verjhrg. unterbreche, ist die Entstehungsgeschichte von Wichtigkeit (N. 1). Das PrStGB. § 48 bezeichnete gewisse Hdlgen der „StAschaft und des Richters" als zur Unterbrechung geeignet. Dabei wurde die Zuständigkeit niemals gefordert, im Gegenteil deutet der Ausdruck „StAschaft" an, daß die Behörde in ihrer gesamten einheitlichen Organisation gemeint sei, und der dem entsprechende ursprünglich gebrauchte Ausdruck „gerichtliche Hdlg." wurde nur deshalb in „Hdlg. des Richters" umgewandelt, um dadurch administrative Hdlgen auszuschließen; Goltd. Mat. 1 439. Demgemäß erachtete auch die PrPraxis die Wirksamkeit der Amtshdlg. nicht durch die Zuständigkeit für den konkreten Fall bedingt; vgl. Oppenh. PrStGB. § 48 N. 12. Der Entw. II wollte nach den Motiven den § 48 der PrStGB. lediglich „schärfer präzisieren" und gab der Bestimmung die demnächst zum Gesetz erhobene Fassung, jedoch, beginnend „Jede Hdlg. der StAschaft oder des Richters", in der bereits hervorgehobenen Disharmonie beider Ausdrücke nicht sehr glücklich. Im RT. wurde allein die Befugnis der StAschaft zur Unterbrechung beseitigt, so daß danach nicht anzunehmen ist, „der Richter" habe anders aufgefaßt werden sollen, als wie dieses im Anschluß an das PrStGB. und die PrPraxis die Motive taten. So: Berlin 21. März 72, 25. Feb. 76, 4. März 79, St. 1 265, 6 165, 8 374 (die richterliche Gewalt sei als einheitliche aufzufassen), Berner S. 322, Finger 1 585, Hälschner 1 701, Schütze S. 211, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 8, u. speziell btr. der örtlichen Zuständigkeit wegen StPO. § 20: Binding Hb. 1 849 u. Grundr.

Digitized by Google

S. 258, H. Meyer S. 329. AM.: Heinze HH. 2 623, Rubo N. 5 und speziell btr. der sachlichen Zuständigkeit: Binding, H. Meyer aO. u. v. Wächter S. 311.

Dementsprechend hat RG. III 12. Jan. 85 E. 11 364 es auch für unerheblich erachtet, ob die den Richter zu der Hdlg. veranlassende Person zu dieser Veranlassung befugt war und ob der Richter die Vornahme der Hdlg. hätte ablehnen können. Vgl. auch RG. III 11. März, I 27. Mai 86, E. 13 408, 18 153 btr. die Unterbrechung der Verjhrg. durch Assessoren, die einem Amtsgerichte zur (unentgeltlichen) Beschäftigung überwiesen waren (in Berücksichtigung der Landesgesetzgbg. in Hamburg u. Preußen).

18) Eine an sich dem Abs. 1 entsprechende richterliche Hdlg. ist natürlich dann in bezug auf die Verjährungsfrage wirkungslos, wenn eine Verjhrg. zu laufen noch gar nicht begonnen hat; RG. I 16. Sept. 80 N. 2 212 btr. einen auf vorläufige Einstellung lautenden Gerichtsbeschluß bei Ausschluß der Verjhrg. des B. aus § 140[1] (§ 67 N. 15 Iaa), Binding Hb. 1 834 N. 5, v. Schwarze N. 9a.

Zu § 68 Absatz 2. N. 19.

19) „Nur rücksichtlich desjenigen, auf welchen die Hdlg. sich bezieht", findet die Unterbrechung statt, ein Satz, der umgekehrt beweist, daß die Wirkung der Strafverfolgungsverjhrg. nur die einzelnen beteiligten Personen, nicht die Tat als solche betrifft (§ 66 N. 4); deshalb findet, falls die unterbrechende Hdlg. lediglich auf bestimmte Teilnehmer sich bezog, eine Unterbrechung gegen einen anderen Teilnehmer nicht statt; so: RG. I 24. März 81 E. 4 216, Binding Hb. 1 853, Finger 1 584, v. Liszt S. 297, v. Wächter S. 311, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 35, Birkmeyer Teiln. S. 157; aM.: Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 5. In Betracht kommt aber, daß eine richterliche Hdlg., gleichwie auf mehrere selbständige Taten (N. 13), auch auf verschiedene Personen sich beziehen kann, und zwar gleichfalls entweder ausdrücklich, wie z. B. ein Urteil gegen mehrere Angeklagte, oder stillschweigend, wie z. B. der Erlaß eines Haftbefehls gegen nur einen von mehreren Mitangeklagten behufs Ermöglichung der gleichzeitigen Hauptverhdlg. gegen alle; RG. II 10. Juli 03 E. 36 350, Berner S. 323, Binding Hb. 1 851, Finger aO., Frank N. III.

Ob bei einer gegen mehrere Personen stattfindenden gemeinschaftlichen Untersuchung ein persönlicher Zusammenhang i. S. der StPO. § 3 vorlag oder wenigstens eine Verbindung nach § 236 das. stattfinden durfte, erscheint nach Analogie der Entscheidung der Frage wegen der Zuständigkeit (N. 17) gleichgültig.

Zu § 68 Absatz 3. N. 20, 21.

20) Nach der — durch Vornahme des einzelnen Aktes, dessen unterbrechende Wirkung durch spätere Wiederaufhebung nicht rückgängig gemacht wird (RG. II 26. Okt. 97 E. 30 300, insbs. 309) — bewirkten Unterbrechung „beginnt eine neue Verjährung", was in StPO. § 208$_2$ (neue Verjhrg. nach Erlaß eines Beschlusses auf vorläufige Einstellung) ausdrückliche Anerkennung gefunden hat.

Folgerichtig ist deshalb angenommen, daß die Verjhrg. während der Voruntersuchung laufe (Berlin 4. Juni 78 St. 8 90), dsgl. zwischen der Bestimmung des Termins zur Hauptverhdlg. und dieser selbst (so RG. II 25. Mai 83 E. 8 310; s. jedoch N. 14$_3$), endlich zwischen den Urteilen erster und zweiter Instanz (München 26. März 77 St. 7 21, Berlin 14. Juli, 30. Sept. 73, O. 14 504, 589).

Auch nach Verkündung des letzten Urteils (StPO. § 267) beginnt eine neue Verjhrg. (Binding Hb. 1 856 N. 13) und erst der Eintritt der Rechtskraft des Urteils beendigt die Strafverfolgung i. S. des § 66, so daß von da an nur die Verjhrg. der Strafvollstreckung in Frage kommen kann (§§ 70 ff.).

21) Daß die beginnende „neue" Verjhrg. anderen Regeln unterworfen sei als die ursprüngliche, sagt das Gesetz nicht; es müssen daher die gleichen gelten; RG. III 19. Okt. 85 E. 13 57, v. Wächter S. 311 u. insbs. btr. der landesrechtl. kurzen Verjhrgsfristen Colmar (OLG.) 16. Mai 85 Franz Rechtspr. 1 70.

a) Die neue Verjhrg. beginnt deshalb auch, trotz des Wortlautes „Nach der Unterbrechung ꝛc." mit dem Tage der Beendigung der Unterbrechung, nicht erst mit dem darauf folgenden; das Ende sowohl der Verjhrg. nach § 67 als der neuen nach § 68 trifft auf

Digitized by Google

den Beginn des dem Anfang der Verjhrg. entsprechenden Kalendertages; so zit. RG. E. 13 57 und im Resultate früher schon II 25. Mai 83 E. 8 310, ferner Finger 1 585, H. Meyer S. 329 N. 52, Frank N. IV; aM.: Binding Hb. 1 853, Heinze HH. 2 625 N. 16, v. Wächter S. 311.

b) Die neue Verjhrg. kann auch — u. zwar wiederholt — unterbrochen werden; so: Binding Hb. 1 853, Hälschner 1 702, H. Meyer S. 329; aM.: Berner S. 323, Rubo N. 9.

Prozessuales. N. 22.

22) Die Unterbrechung der Verjhrg. ist so gut von Amts wegen zu berücksichtigen wie die Verjhrg. selbst (§ 66 N. 7_2); RG. III 8., 19. Okt. 85, E. 12 434, 13 57. Von einer Beweislast für den Beschuldigten ist nicht die Rede.

§. 69.

Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. Ist der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgen muß, so ruht die Verjährung bis zu dessen Beendigung.

Ist zur Strafverfolgung ein Antrag oder eine Ermächtigung nach dem Strafgesetz erforderlich, so wird der Lauf der Verjährung durch den Mangel des Antrages oder der Ermächtigung nicht gehindert.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 67. StB. S. 238 ff.
Entw. d. G. v. 26. März 1893 Drucks. II. Session 1892/93 No. 67 (berichtigt), 108.
StB. II S. 1892/93. S. 677 ff., 937 ff., 1259 f.

1a) Dieser §. handelt von dem sog. „Ruhen" der Verjhrg. Es ist jedoch zu bemerken, daß, falls ein solches Ruhen den Beginn der Verjhrg. hindert, rechtlich die Sache auf dasselbe hinausläuft, als wenn der Beginn der Verjhrgsfrist ausnahmsweise gegen die Regel des § 67_4 anderweitig bestimmt worden wäre, wie solches z. B. im § 121_2 SeemannsO. geschehen ist (§ 298 N. 6). Die Eigentümlichkeit des Ruhens der Verjhrg. tritt erst nach stattgehabtem Beginn der Verjhrg. hervor, indem unter Fortsetzung der begonnenen Verjhrg. lediglich die Zeit, während welcher die Verjhrg. ruhte, von der gesamten Verjhrgsfrist in Abzug kommt, nach einer stattgehabten Unterbrechung aber gemäß § 68 eine neue Verjhrg. beginnt. So sprechen die Motive zum Entw. II § 67 nur von der Hinderung der „Fortsetzung einer Untersuchung", obgleich auch § 67 des Entw., wie § 69 des StGB., des „Beginns" gleichfalls gedachte. In redaktioneller Hinsicht zweckmäßig faßt jedoch § 69 die auf demselben Grunde beruhenden Fälle zusammen, die teilweise zu einer anderweiten Bestimmung des Beginns der Verjhrgsfrist führen, teilweise aber eine Unterbrechung ihres Laufes veranlassen.

b) Während § 69 in seiner früheren Fassung lediglich den S. 2 des Abs. 1 enthielt und ein Ruhen der Verjhrg. nur nach Maßgabe dieser Bestimmung stattfand, hat dieses Institut zus. der Fassung des §. auf Grund des G. v. 26. März 1893 eine bedeutende Ausdehnung erfahren, wodurch das Strafgesetz als solches härter geworden ist (§ 2 N. 19); denn nunmehr ruht — von der Ausnahme des Abs. 2 (N. 9) abgesehen — nach dem im S. 2 Abs. 1 vorangestellten allgemeinen Grundsatze die Verjhrg. stets in der Zeit, in der überhaupt „auf Grund gesetzlicher Vorschrift" die Strafverfolgung nicht begonnen o. fortgesetzt werden kann; das trifft also an sich zu bei allen sog. Bedingungen der Strafverfolgung (nicht bloß in den Fällen des Abs. 1 S. 2), woraus für die Antrags- u. Ermächtigungsdelikte die Notwendigkeit der Ausnahmevorschrift des Abs. 2 sich ergab. Den Gegensatz hierzu bilden Fälle, in denen nur einzelne Verfolgungshdlgen, wie z. B. die Abhaltung der Hauptvhdlg. wg. Abwesenheit o. Krankheit des Angeklagten, ausgeschlossen sind. Frank N. II 1. S. 2 des Abs. 1

Digitized by Google

(N. 6—8) aber betrifft lediglich einen Sonderfall des im S. 1 aufgestellten Grundsatzes (vgl. Abg. Rintelen StB. II. Session 1892/93 S. 1259 f., H. Seuffert ZStrW. 14 546).

c) Abweichend vom früheren Rechtszustande (vgl. RG. IV 24. Juni 92 E. 23 184, das den Anlaß zur Gesetzesänderung gab) findet h. z. T. auf des allg. Grundsatzes des Abs. 1 S. 1 (wg. einer Sonderbestimmung s. SeemannsO. § 124_2) ein Ruhen der Verjhrg. insbs. auch statt, wenn die Strafverfolgung ausgeschlossen ist:

α. gg. Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen, und zwar reichsrechtlich, nach RV. Art. 31 (vgl. die näheren Ausführungen von H. Seuffert aO. S. 546 ff. sowie RG. II 15. Feb., I 17. Okt. 95, E. 27 11, 385, von denen ersteres für den Fall eines vor der Sitzungsperiode noch nicht begonnenen Strafverfahrens — Abs. 1 des Art. 31 — das Ruhen der Verjhrg. zutreffend für eintretend erachtet, auch wenn eine Genehmigung zur Strafverfolgung von der StAschaft nicht nachgesucht ist, während letzteres bei einem bereits vorher begonnenen Strafverfahren -- Abs. 3 des Art. 31 — ebenso zutreffend ein Ruhen der Verjhrg. so lange für ausgeschlossen ansieht, bis der Reichstag eine Aufhebung des Strafverfahrens verlangt; nach beiden Richtungen übereinstimmend RG. III 25. Okt. 00 E. 33 410; vgl. auch III 16. Nov. 03 G. 51 53 btr. des Gegensatzes einer das Ruhen der Verjhrg. nicht beendigenden bloßen Vertagung des RT. zur förmlichen Schließung), oder landesgesetzlich gemäß EGStPO. § 6^1 (vgl. § 11 N. 7);

β. gg. Exterritoriale (§ 3 N. 21), u. zwar nicht bloß gg. die im GVG. §§ 18 f. bezeichneten Kategorieen; Beling Exterritorialität S. 175;

γ. zuf. von Bestimmungen der in Gesetzesform veröffentlichten Auslieferungsverträge; so RG. III 26. Juni 99 E. 32 247 btr. des Art. 4 des Deutsch-Schweizerischen Auslieferungsvertrages v. 24. Jan. 1874;

δ. auch insoweit zuf. MStGO. § 9 gewisse Untersuchungshdlgen gg. zum Dienst einberufene Personen des Beurlaubtenstandes und die denselben gesetzlich gleichstehenden Personen nicht stattfinden dürfen, ist jetzt ein Ruhen der Verjhrg. anzunehmen;

ε. zuf. eines nach der Landesgesetzgbg. (EGStPO. § 6^3) vorhergehenden Verfahrens der Verwaltungsbehörden.

Zu Absatz 1 Satz 2. N. 2—8.

2) Satz 2 des Abs. 1 setzt nach seinem Wortlaute eine „Vorfrage" voraus, die entschieden sein muß, bevor die Strafverfolgung eintreten oder fortgesetzt werden kann, weil erst durch Erledigung der Vorfrage diejenige Grundlage gewonnen wird, auf welcher die Untersuchung begonnen oder fortgesetzt werden kann; RG. III 25. Mai 82 E. 6 381.

Es handelt sich aber nur um solche Vorfragen, „deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgen muß"; deshalb bedingt die Nichterledigung einer prozessualen Vorfrage kein Ruhen der Verjhrg., was mit Rücksicht auf den jetzigen S. 1 des Abs. 1 (N. 1a) nunmehr im S. 2 ausdrücklich ausgesprochen ist.

3) Ein Ruhen der Verjhrg. tritt nur dann ein, wenn die Entscheidung einer Vorfrage „in einem anderen Verfahren erfolgen muß", d. h. falls nach Vorschrift der Gesetze (N. 6) eine solche Entscheidung zuvor stattzufinden hat; so die GM., insbs. RG. III 25. Mai 82 E. 6 381; ferner I 7. Feb. 98 E. 31 9 (i. c. verneinend, daß die Verjhrg. einer Gebührenhinterziehg. infolge des nach dem Bayer. GebührenG. v. 6. Juli 1892 Art. 145 stattfindenden amtl. Verfahrens ruhe).

Demnach tritt ein Ruhen der Verjhrg. nicht ein, wenn das Gesetz es bloß zuläßt, eine in einem anderen Verfahren ergehende Entscheidung abzuwarten und nunmehr aus Zweckmäßigkeitsgründen bis zum Erlaß derselben mit dem Strafverfahren inne zu halten, so z. B. wenn das Gericht nach StPO. § 261_2 von der gesetzlichen Befugnis Gebrauch macht, „die Untersuchung auszusetzen und einem der Beteiligten zur Erhebung der Zivilklage eine Frist zu bestimmen oder das Urteil des Zivilgerichts abzuwarten" (RG. II 2. Dez. 92 G. 40 328, Berlin KG. 3. Dez. 85, 4. Apr. 89, Jahrb. 6 167, 9 159, Binding Hb. 1 843 N. 35, Oppenh.-D. N. 6), oder wenn der Ausgang einer gegen den Zeugen schwebenden Untersuchung abgewartet wird (München 26. März 77 St. 7 21).

Digitized by Google

4) Welcher Art das „andere Verfahren" sein müsse, hängt von den in Betracht kommenden Sondervorschriften ab; vgl. z. B. § 191, der ein „Strafverfahren" im Auge hat. Es läßt sich nicht die Behauptung aufstellen, daß § 69 stets eine „gerichtliche" Entscheidung meine, vielmehr kann unter Umständen auch eine administrative in Betracht kommen (vgl. N. 6 IIa); so die GM.

5) Die Vorfrage muß in einem anderen Verfahren zur „Entscheidung" zu bringen sein; so wenig wie das „andere Verfahren" ein gerichtliches (N. 4), ebensowenig braucht die „Entscheidung" ein Urteil zu sein; so kann es z. B. um die seitens der StAschaft in einem Strafverfahren hinsichtlich der Anklageerhebung zu treffende Entscheidung sich handeln; s. u. N. 6 IIa, b.

6) Von einer Vorfrage, deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgen muß, ist stets abhängig (worüber die btr. §§. des StGB. des näheren zu vergleichen):

I. der Beginn eines Strafverfahrens in den Fällen:
   a. der Eheerschleichung aus § 170,
   b. des Ehebruchs aus § 172;

die Fortsetzung in den Fällen
   c. der Entführung mit nachfolgender Ehe aus §§ 236, 237, 238;

II. je nach Umständen der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens in den Fällen:
   a. der wissentlich falschen Anschuldigung aus § 164 gemäß Abs. 2 desselben;
   b. der Beleidigungen aus §§ 186 u. 187 gemäß § 191,
   c. der Zuwiderhandlungen gegen das PatentG., falls die Nichtigkeitserklärung des Patentes in Frage ist (RG. II 24. Okt. 82 E. 7 146, Binding Hb. 1 843 N. 35, Geyer 1 200, H. Meyer S. 327 N. 37),
   d. wo die Landesgesetzgebung
      α. gemäß EGGVG. § 11_2 die Verfolgung der Beamten an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden hat (Binding, H. Meyer aO., Oppenh.-D. N. 5),
      β. gemäß EGStPO. § $3_{2,3}$ eine entsprechende Anordnung getroffen hat.

Wegen des Verbr. der Doppelehe vgl. § 171 N. 10.

7) Liegt die Voraussetzung des § 69 vor, so ruht die Verjhrg. „bis zu der Beendigung" des „anderen Verfahrens".

Kommt es in dem „anderen Verfahren" wirklich zu einer „Entscheidung" (N. 5), so wird es von dem Charakter des Verfahrens und der Entscheidung abhängen, ob die „Beendigung" des ersteren mit der Fällung der letzteren anzunehmen ist oder nicht. Soweit es um ein, im gerichtlichen Verfahren, zu fällendes Urteil sich handelt, ist erst mit Eintritt der Rechtskraft die Beendigung des Verfahrens anzunehmen.

Ist aber die „Entscheidung" aus einem rechtlichen oder tatsächlichen Grunde, z. B. wegen Verjährung der Zivilklage oder wegen Todes des auf Ehescheidung verklagten Ehegatten, unmöglich geworden, so ist der Natur der Sache nach auch das Strafverfahren ausgeschlossen, da die Entscheidung der Vorfrage in dem anderen Verfahren die notwendige Grundlage für das Strafverfahren geben sollte (N. 2); Binding Hb. 1 842, Heinze HH. 2 614. Hatte das Strafverfahren bereits begonnen, so wird es durch Einstellung zum Abschluß zu bringen sein.

8) Das Ruhen der Verjhrg. tritt auch dann ein, wenn trotz des Vorliegens der Voraussetzung des § 69, dennoch der btr. gesetzlichen Vorschrift entgegen (N. 3 u. 6) das Strafverfahren begonnen oder fortgesetzt wird, also z. B., trotzdem die Ehe noch nicht geschieden ist, wegen Ehebruchs Vorermittelungen angestellt werden, oder, trotzdem wegen der dem Beleidigten vorgeworfenen strafb. Hdlg. eine Anzeige bei der StAschaft erstattet ist, wegen verleumderischer Beleidgg. Anklage erhoben wird. Der Umstand, daß hier ungesetzlich verfahren wird, kann bei dem klaren Wortlaut der Bestimmung eine abweichende Auffassung zugunsten des Täters nicht begründen; Oppenh.-D. N. 10 ist zweifelhaft.

Digitized by Google

Zu Absatz 2. N. 9.

9) Während aus der früheren Fassung des § 69 ohne weiteres sich ergab (N. 2₃), daß ein Ruhen der Verj. wg. Mangels des erforderlichen Strafantrages (§ 61) o. der nötigen Ermächtigg. (§ 99) nicht eintrete, bedingte S. 1 des Abs. 1 der jetzigen Fassung den ausdrücklichen Ausspruch des Abs. 2 (N. 1b); vgl. jedoch Finger 1 191 N. 254, Abs. 2 enthalte hinsichtl. der Ermächtigung nur eine Konsequenz, hinsichtl. des Antrages aber eine Ergänzung des Grundsatzes des Abs. 1. An dem bisher geltenden Rechte ist folglich insoweit nichts geändert.

§. 70.

Die Vollstreckung rechtskräftig erkannter Strafen verjährt, wenn

1) auf Tod oder auf lebenslängliches Zuchthaus oder auf lebenslängliche Festungshaft erkannt ist, in dreißig Jahren;
2) auf Zuchthaus oder Festungshaft von mehr als zehn Jahren erkannt ist, in zwanzig Jahren;
3) auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder auf Festungshaft von fünf bis zu zehn Jahren oder Gefängniß von mehr als fünf Jahren erkannt ist, in funfzehn Jahren;
4) auf Festungshaft oder Gefängniß von zwei bis zu fünf Jahren oder auf Geldstrafe von mehr als sechstausend Mark erkannt ist, in zehn Jahren;
5) auf Festungshaft oder Gefängniß bis zu zwei Jahren oder auf Geldstrafe von mehr als einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt ist, in fünf Jahren;
6) auf Haft oder auf Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark erkannt ist, in zwei Jahren.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem das Urtheil rechtskräftig geworden ist.

PrStGB. (fehlt). Entw. I §§ 63, 347, II § 68. StB. S. 239, 1149.
Entw. d. StGN. Art. I § 70. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 640.

1) Bei der Schlußredaktion des StGB. war übersehen worden, daß durch die Beschlüsse des RT. der Höchstbetrag der Festungsh. gegen den Entw. des StGB. von zehn auf funfzehn J. erhöht worden war (§ 17 N. 1). Die hierdurch entstandene Unebenheit, indem ohne inneren Grund die Frist der Strafvollstreckungsverjährung bei einer Zuchthausstr. von mehr als zehn J. und einer Festungsh. von gleicher Dauer verschieden bestimmt war, ist durch die StGN. ausgeglichen.

Zu § 70 Absatz 1. N. 2—8.

2) Entsprechend der StPO. § 481 u. MStGO. §§ 416, 450, wonach Strafurteile nicht vollstreckbar sind, bevor sie rechtskräftig geworden, kennt das StGB. nur die Verjhrg. der Vollstreckung rechtskräftig (§ 30 N. 2) erkannter Strafen. Nach Fällung eines Strafurteils läuft daher bis zu dessen Rechtskraft die Verjhrg. der Strafverfigg. (§ 68 N. 20₃); Oppenh.-D. N. 15, v. Schwarze § 68 N. 13. Auf Strafen, die bereits vor Inkrafttreten des StGB. rechtskräftig festgesetzt waren, findet die Verjährung der Strafvollstreckung richtiger Ansicht zuf. keine Anwendung; § 2 N. 13₃.

3) Die Dauer der Verjährungsfrist (30, 20, 15, 10, 5 u. 2 Jahre) bestimmt sich nach der Art und der Höhe der erkannten Strafe. Mit Rücksicht auf die Abstufungen, welche in den Nr. 1—6 gemacht werden, ist hervorzuheben:

a) Bei Geldstrafen (Nr. 4—6) ist stets diese selbst, nicht die für den Fall der Unbeibringlichkeit substituierte Freiheitsstr. maßgebend; so die GN.

Digitized by Google

b) In der Nr. 3 ist das „Festungsh. von fünf J." und in der Nr. 4 das „Gef. von zwei J." zu verstehen als „von mehr als fünf bzw. zwei J."; denn die Wendung in den Nr. 4 u. 5 „bis zu fünf bzw. zwei J." bedeutet nach dem Sprachgebrauche des StGB. (vgl. insbs. auch „von mehr als 6000 M." und „bis zu 6000 M." in den Nr. 4, 5) „einschließlich", wie auch die Nr. 2 u. 3 zwischen Zuchth. „bis zu 10 J." und „von mehr als 10 J." scheiden; München OLG. 23. Jan. 90 E. 6 128, Binding Hb. 1 857 u. Grundr. S. 259, Finger 1 588, Geyer 1 200, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 3.

c) Was speziell die „Gefängnisstr. von mehr als 5 J." (Nr. 3) betrifft, so muß die Verjährungsfrist von 15 J. auch dann Platz greifen, wenn die Gefängnisstr. 10 J. übersteigt; sollte der Gesetzgeber an diese Möglichkeit nicht gedacht haben (§ 57[1]), so würde dies doch nicht zur Berichtigung des Gesetzes dahin berechtigen, daß die zwanzigjährige Verjährungsfrist (Nr. 2) Platz zu greifen habe; aM.: Binding Grundr. S. 259 (nach „Analogie" der Nr. 2), Finger 1 588.

4) Sämtliche regelmäßige Hauptstrafen finden in den Nr. 1—6 Erwähnung, dagegen nicht die außerordentliche des Verweises (§ 57[4]). Es beruht dies auf einem Redaktionsfehler. Nach den Motiven wurde beabsichtigt, jede Strafe für verjährbar zu erklären; es erhellt dies übrigens aus der Fassung des § 66. Diese Absicht hat auch im § 70 einen Ausdruck gefunden, allerdings nur einen mangelhaften, indem dieser lediglich der regelmäßigen Hauptstr. gedenkt. Ist hiernach aber anzunehmen, daß auch die Vollstreckung des Verweises der Verjhrg. unterworfen sein sollte, so kann nicht zweifelhaft sein, daß er als die mildeste Hauptstr. (E. I Abschn. 1 N. 6) sicher nicht in einer längeren als der zweijährigen Frist verjähre. So die GM. AM. hinsichtl. der Dauer der Verjährungsfrist v. Slupecki Jugendl. Verbrecher (Diss. Tübingen 1896) S. 70, der im Anschluß an die Nr. 5 u. 6 unterscheidet, ob der Verweis wg. Verg. o. wg. Übertr. erkannt ist.

5a) Die Verjhrg. der Vollstreckung „rechtskräftig erkannter Strafen" soll in gewissen Fristen eintreten, wenn auf eine der Hauptstr. erkannt ist; da nicht gesagt ist „die Vollstrckg. folgender Strafen, falls sie rechtskräftig erkannt sind, verjährt 2c.", so ist anzunehmen, daß die Vollstreckg. der erkannten Strafe in ihrer Gesamtheit, d. h. der Hauptstr. mit den etwa erkannten, einer Vollstreckung bedürfenden Nebenstrafen in den nach Maßgabe der erkannten Hauptstr. bestimmten Fristen verjährt; so: Berner S. 320, Binding Hb. 1 854, Meves N. 5, Oppenh.-D. § 71 N. 2, Rüd.-St. N. 5; aM.: Rubo N. 1 (gegen die Einheitlichkeit), John StRZ. 12 68 (weil § 70 nur auf Hauptstr. sich beziehe, verjährten Nebenstr. überhaupt nicht).

b) Mit der Haftstr. zusammen verjährt deshalb auch die Überweisung an die LPB. (§ 362_2), was hier insofern durch den Wortausdruck bestätigt wird, als die Überweisung nach verbüßter, nicht auch nach verjährter, Strafe zu geschehen hat. So: Finger 1 589, Frank N. III. AM. Binding Hb. 1 854 u. Rüd.-St. N. 5, weil die Überweisung keine Strafe sei; nach Verjhrg. der Haftstr. stände selbst der analogen Anwendung des $§ 38_2$ nichts entgegen.

c) Diejenigen Nebenstr., die, weil ihre Wirkungen mit der Rechtskraft des Urteils von selbst eintreten, einer Vollstreckung nicht bedürfen, also die E. I Abschn. 1 N. 3b zu 1—6 aufgeführten, unterliegen deshalb auch — abgesehen von dem Erlöschen der Befugnis zur Stellung unter PolAufs. durch fünfjährigen Nichtgebrauch (§ 38 N. 10) — keiner Verjährung; Binding Hb. 1 854 u. Grundr. S. 259, Finger 1 589, Hälschner 1 703, Löning S. 84, Rüd.-St. N. 5. Dennoch werden sie durch die Verjhrg. der Hauptstr. insofern beeinflußt, als ihre Zeitdauer (§ 36) bzw. der Beginn der Befugnis ($§ 38_2$) von da ab berechnet wird.

d) Zweifelhaft ist, ob die Einziehung aus § 40 verjährt; dagegen müssen diejenigen sich erklären, die in ihr eine Strafe überhaupt nicht sehen (z. B. Köbner Einziehung S. 49), dzgl. die auf dem Standpunkte Johns (s. o. a) Stehenden. Im übrigen aber werden die den Strafcharakter der Einziehung Bejahenden Verjährung nach dem zu a) Bemerkten annehmen müssen, da, trotzdem das Eigentum des eingezogenen Gegenstandes schon mit der Rechtskraft des Urteils übergeht, dennoch behufs tatsächlicher Verwirklichung eine „Voll-

Digitized by Google

streckung" (§ 40 N. $4_{2,5}$) notwendig ist; das Eigentumsrecht des Fiskus verjährt nach den Grundsätzen des Zivilrechts (Köbner aO. S. 50), die Vollstreckungsmaßregel der körperlichen Einziehung selbst aber nach dem strafrechtl. Grundsatz des § 70.

6) Der § 70 spricht nur von der Verjhrg. der Vollstrckg. von „Strafen"; deshalb gibt es keine Verjhrg. der Vollstrckg. der T. I Abschn. 1 N. 4, 5 aufgeführten Maßnahmen polizeil. o. privaten Charakters; so: Binding Hb. 1 854 u. Grundr. S. 259, Oppenh.-D. § 71 N. 7, Köbner Einziehung S. 49; aM. v. Schwarze § 71 N. 2.

Soweit aber die Maßnahmen privaten Charakters in einen Vermögensanspruch sich umsetzen, muß, da der zuerkannte Bußanspruch lediglich, wie jeder andere Vermögensanspruch, gegen den Verpflichteten geltend zu machen ist, angenommen werden, daß er als „rechtskräftig festgestellter Anspruch" nach BGB. § 218 in dreißig Jahren verjährt. Schon früher für die Verjährbarkeit: Dochow HG. 3 376, v. Liszt S. 274, Löning S. 84, Frank N. III, Meves N. 5, Oppenh.-D. N. 2, ferner jetzt: Gf. z. Dohna Buße S. 461, Rosenfeld Nebenklage S. 185 (N. 191 das., soweit auf die Ansicht Bindings — u. auch Hälschners — bezüglich, erscheint unrichtig); aM. mit Rücksicht auf die Unbeschränktheit der Vollstreckbarkeit der Urteile nach der ZPO. die früheren Aufl. des Kommentars, sowie ferner: Binding Hb. 1 854 u. Grundr. S. 259, Hälschner 1 704, Rüd.-St. N. 5.

7) Eine Gesamtstrafe (§ 74) kommt nur als solche in Betracht; sie ist als einheitliche Strafe zu vollstrecken, deshalb kann die Frist für die Verjhrg. ihrer Vollstrckg. nur einheitlich berechnet werden; das gilt auch dann, wenn die Gesamtstr. auf Grund des § 79 erkannt oder nach StPO. § 492 nachträglich bestimmt wird. So die GM. AM.: Frank § 74 N. IV, Katz GS. 36 589, Beling KrVJschr. 41 91 allgemein u. Meves N. 3, wenn im Falle des § 79 (das. N. 12b) nicht auf eine „Gesamt-", sondern nur auf eine sog. „Zusatzstrafe" erkannt sei.

Wenn dagegen durch ein Urteil wegen mehrerer selbständiger strafb. Hdlgen auf verschiedene Hauptstrafen zu erkennen war, so verjährt die Vollstrckg. dieser verschiedenen Strafen selbständig nach Maßgabe der Art und der Höhe einer jeden einzelnen; so z. B. wenn nach §§ 75_1, 77_1 auf verschiedene Freiheitsstr. gesondert, oder wenn nach § 78 auf Geldstr. ihrem vollen Betrage nach zu erkennen ist, mögen letztere auch zu einer Summe zusammengezogen werden. Es spricht für diese Auffassung der Eingang des § 72 („Vollstreckung der Strafe") und keineswegs gegen sie, daß die Vollstreckungspflicht durch ein und dasselbe Urteil begründet wird; die Pflicht ist eine besondere bezüglich jeder einzelnen Hauptstr. und bei verschiedenen Strafarten eine verschiedenartige. So: München ObersteLG. 27. März 00 E. 1 48, Finger 1 588, Geyer 1 201, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 4, 5, auch Binding Hb. 1 855, der jedoch — ebenso wie Finger 1 589 u. Oppenh.-D. N. 6 — i. F. des § 78 die Verjährungszeit nach der Gesamtsumme bestimmen will, während Hälschner 1 703 u. im übrigen auch Oppenh.-D. aO. die erkannte schwerste Strafe für maßgebend erachten.

8) Die Verjährungsfrist bestimmt sich nur nach der erkannten Strafe; deshalb bleibt sie unbeeinflußt, wie überhaupt durch teilweisen Vollzug (§ 72 N. 10b), so insbs. auch durch Anrechnung einer im Ausl. vollzogenen Strafe (§ 7 N. 3), durch Anrechnung der Untersuchungsh. (§ 60 N. 13) — so: Geyer 1 201, Oppenh.-D. N. 12, Rubo N. 5 u. 6, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 7; aM. Binding Hb. 1 856 u. Grundr. S. 260 —, endlich durch teilweisen Gnadenerlaß; so: Geyer 1 201, Heinze HG. 2 616 N. 7, Oppenh.-D. N. 13; aM. Binding Hb. u. Grundr. aO.

Zu § 70 Absatz 2. N. 9, 10.

9) Die Verjhrg. beginnt „mit dem (im Abs. 2 bezeichneten) Tage"; vgl. daher § 67 N. 8.

Die Bestimmung des Abs. 2 über den Beginn der Strafvollstrcksverjhrg. gilt für alle Hauptstr., deren Vollstreckung nach N. 7 besonders verjährt; sie findet deshalb namentl. auch dann Anwendung, falls durch ein Urteil auf zwei Strafen erkannt ist, die — wie zwei Freiheitsstr. — nicht nebeneinander, sondern nur nacheinander vollstreckt werden können; aM. Geyer 1 201, und für den Fall des Zusammentreffens zweier Freiheitsstr. Binding Hb. 1 855.

Digitized by Google

10) Im Falle einer nach § 79 bzw. StPO. § 492 u. MStGO. § 461 nachträglich festgesetzten Gesamtstrafe kann die Verjhrg. nur mit dem Tage der Rechtskraft des die Gesamtstrafe festsetzenden Urteils (bzw. der Entscheidung) beginnen; v. Schwarze N. 8. Diese Hinausschiebung des Beginnes der Verjhrg. ist die Folge der dem Verurteilten aus der Festsetzung der Gesamtstr. erwachsenden Wohltat einer im ganzen kürzeren Verjhrgsfrist (N. 7).

§. 71.

Die Vollstreckung einer wegen derselben Handlung neben einer Freiheitsstrafe erkannten Geldstrafe verjährt nicht früher, als die Vollstreckung der Freiheitsstrafe.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 69. StB. S. 239.

1) Im § 70 mußte bei Bestimmung der Verjhrgsfristen auch auf erkannte Geldstrafen gerücksichtigt werden, da letztere den Charakter von Hauptstrafen haben. Dadurch konnte der Zweifel entstehen, ob, wenn wegen derselben Hdlg. auf Freiheits- und Geldstrafen erkannt worden, „nach Maßgabe der Bestimmungen und Zeitabschnitte des § 70 eine doppelte Verjhrg. entstehe". Diese Frage wird durch § 71 verneint, und damit gleichzeitig bestätigt, daß nach § 70 die Vollstreckung der erkannten Strafe in ihrer Gesamtheit verjährt (§ 70 N. 5a). So Oppenh.-D. N. 1. AM. Rubo N. 1.

Die Frage wird jedoch durch § 71 nicht nach allen Richtungen entschieden; denn indem nur zum Ausdruck gebracht ist, daß eine neben einer Freiheitsstr. erkannte Geldstr. nicht früher verjähre als die Vollstreckung der Freiheitsstr., fehlt eine Bestimmung für den Fall, daß nach Vorschrift des § 70 die erkannte Geldstr. später verjähren würde als die Freiheitsstr., also für den Fall, wenn z. B. auf Grund des VZG. § 146 der Teilnehmer einer Defraude zu einer Geldstr. von 10 000 M. (vgl. § 70[4]) und Ges. von 1 Mt. (vgl. § 70[5]) verurteilt ist. Nach den Motiven sollte allerdings die Bestimmung getroffen werden, daß „in diesen Fällen die Verjhrgsfrist bezüglich beider Strafen sich lediglich nach der Höhe der erkannten Freiheitsstr. richte"; allein diese gesetzgeberische Absicht ist nicht zum Ausdruck gelangt und deshalb nicht geltendes Recht geworden; aM. v. Schwarze N. 4. Ausgehend von dem Prinzip der einheitlichen Verjhrg. der Vollstreckung der wegen einer und derselben Hdlg. erkannten Strafen (§ 70 N. 5) wird man nicht annehmen dürfen, daß jede der erkannten Strafen nach der für sie allein maßgebenden Frist verjähre, sondern vielmehr, daß die Verjhrg. beider Strafen in der längeren (durch die Höhe der Geldstr. bedingten) Frist sich vollziehe; so: Binding Hb. I 855 u. Grundr. S. 260, Rüd.-St. N. 2; aM. Frank N. 1.

2) Die Bestimmung des § 71 greift unbedenklich Platz:

a. wenn nach § 74 auf eine Gesamtfreiheitsstr. wegen mehrerer Verg. und außerdem wegen eines derselben daneben auf Geldstr., z. B. bei einer Realkonk. von Diebst. und Betrug (§§ 242, 263) auf eine Gesamtstr. von 1 J. Gef. und eine Geldstr. (wegen des Betruges) von 300 M., erkannt ist; hier verjährt die Geldstr. nicht vor der Gesamtfreiheitsstr., denn diese verjährt nur im ganzen (§ 70 N. 7_1); Rubo N. 2;

b. wenn in einem Sondergesetz, z. B. PrFDG. §§ 6, 8, zunächst Geldstr. und daneben Freiheitsstr. angedroht ist, falls nur im Einzelfall die Verjhrgsfrist der erkannten Geldstr. nicht länger ist als die der Freiheitsstrafe.

Dagegen bleibt § 71 außer Anwendung, wenn durch ein Urteil wegen mehrerer selbständiger Hdlgen auf eine Freiheits- und eine Geldstr. erkannt war (§ 70 N. 7_2); Binding Hb. I 855, Frank N. II, Rüd.-St. N. 1.

§. 72.

Jede auf Vollstreckung der Strafe gerichtete Handlung derjenigen Behörde, welcher die Vollstreckung obliegt, sowie die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgende Festnahme des Verurteilten unterbricht die Verjährung.

Digitized by Google

Nach der Unterbrechung der Vollstreckung der Strafe beginnt eine neue Verjährung.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 70. StB. S. 239.

Zu § 72 Absatz 1. N. 1—9.

1) Während es im Entw. II hieß: „Jede Hdlg. der StAschaft oder des Richters, welche rc." wurde durch RTbeschluß die jetzige Fassung beliebt, um der StPO. nicht vorzugreifen. Es erhellt hieraus, daß die Gefängnisbeamten bzw. die Gerichtsvollzieher, denen in einem weiteren Sinne die Vollstreckung gleichfalls obliegt, dennoch nicht mit gemeint sind (vgl. jedoch N. 3). Nach StPO. § 483 kann die Unterbrchg. der Strafvollstrckgsverjhrg. regelmäßig durch Hdlgen der StAschaft bzw. des Amtsrichters geschehen, nach MStGO. § 451 durch solche des Gerichtsherrn, nach dem G. über das Postwesen v. 28. Okt. 1871 § 46 jedoch, da es nach § 5 EGStPO. durch die StPO. nicht berührt ist, in dem Verwaltungsstrafverfahren bei Post- und Portodefraudationen durch die Postbehörde, endlich in dem nach § 6 aO. landesgesetzlich geregelten Strafverfahren durch die nach diesem zur Strafvollstreckung berufenen Behörden.

Wenn auch nach StPO. § 494 „von dem Gericht erster Instanz" die bei der Strafvollstreckg. nach §§ 490—493 notwendig werdenden Entscheidungen zu erlassen sind, so liegt dem Gericht als solchem nicht die „Vollstreckung" ob und der Erlaß einer derartigen Entscheidung unterbricht daher die Verjhrg. nicht; aM. Rüd.-St. N. 1.

2) Nach den Motiven sollte § 70 des Entw. II zum Ausdruck bringen, daß durch Vollstreckg. einer Strafe deren Verjhrg. unterbrochen werde; die im RT. vorgenommene Änderung wollte aber die dem Entw. zugrunde liegende Idee, daß „Hdlgen derjenigen Behörde entscheiden sollen, welche damit befaßt ist", nicht beeinträchtigen; StB. S. 239. Wenn nun auch angesichts des § 72 nicht lediglich „durch Vollstreckung", sondern durch „jede auf Vollstreckung gerichtete Handlung" die Verjhrg. unterbrochen wird, so scheint doch gerade aus jener nicht genauen Ausdrucksweise der Motive und den konkreten Worten des Gesetzes „derjenigen Behörde, welcher die Vollstreckuug obliegt," hervorzugehen, daß die Unterbrechg. der Verjhrg. der Strafvollstrckg. (anders wie bei der Strafverfiggsverjhrg; § 68 N. 17) nur durch die im Einzelfalle zuständige Behörde geschehen könne; so: Hälschner I 704 N. 1, Heinze HH. 2 623, Schütze S. 212, Frank N. II 1, v. Schwarze N. 1; aM. Rüd.-St. N. 1.

3) Fraglich ist, ob auch Hdlgen von Beamten oder Behörden, die lediglich auf Anordnung der Vollstreckungsbehörde als deren Organe handeln, die Verjhrg. unterbrechen. Diese Frage ist aus dem bei § 68 N. 6₂ geltend gemachten Grunde zu bejahen; es tritt noch hinzu, daß den als Organen der Strafvollstrckgsbehörden handelnden Behörden, denen eine auf Vollstreckung der Strafe gerichtete Hdlg. von jenen aufgetragen ist, insoweit selbst — im weiteren S. — zu Behörden werden, „welchen die Vollstreckung obliegt", wenn sie auch nicht direkt durch den im § 72 gebrauchten Ausdruck mit umfaßt werden (N. 1); Frank N. II 2, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 1. Erläßt z. B. der Sekretär der StAschaft im Auftrage des StAnwalts die Ladung zum Strafantritt, so handelt er lediglich als Organ, gleichwie der die Zustellung bewirkende Gerichtsvollzieher; dsgl. ein gemäß GVG. § 153 zum Hilfsbeamten der StAschaft bestellter Beamter der Polizei, dem die Ausführung des Haftbefehls aufgetragen wird; hier unterbricht nicht nur nach der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 1 die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgende Festnahme die Verjhrg., sondern jede auf die Verhaftung hinzielende Hdlg. der Polizeibehörde, also namentl. auch ein nach Entweichung des Verhafteten von dieser selbst gemäß StPO. § 131₂ erlassener Steckbrief. Desgleichen handelt der Gefängnisbeamte, welcher den Verurteilten zur Verbüßung annimmt und die Beaufsichtigung führt, als Organ der Strafvollstrckgsbehörde. So: Binding Hb. I 858, Rüd.-St. N. 1, Oppenh.-D. N. 4, letzterer jedoch auch zum Teil abweichend N. 7—9. AM.: H. Meyer S. 332 N. 72, Rubo N. 3.

Auch der Kassenbeamte, welcher Geldstr. anzunehmen hat, handelt dabei als Organ des Strafvollstrckgsbehörde, und unterbricht deshalb selbst die auf Angebot des Verurteil-

Digitized by Google

ten erfolgte Annahme eines Teiles der Geldstr. die Verjährung hinsichtlich des Restes der Strafe; Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 2.

Nimmt die StAschaft die Hilfe eines nicht zu ihrem Hilfsbeamten bestellten Beamten der Polizei- o. Sicherheitsdienstes in Anspruch, so wird zwar dieser — angesichts der Vorschrift des GVG. § 153 — ebensowenig wie ein Gerichtsschreiber, dessen Vermittelung etwa seitens der StAschaft behufs Beauftragung eines Gerichtsvollziehers in Anspruch genommen werden sollte, als ein Organ der StAschaft angesehen werden können, dennoch aber die vom ersuchten Beamten vorgenommene Hdlg. dieselbe Wirkung haben wie eine solche der StAschaft selbst (§ 68 N. 6_2); Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1.

4) Zu den „auf Vollstreckung der Strafe" gerichteten Hdlgen der Strafvollstrckgsbehörde gehören namentlich:

a. bei der Todesstr. die Berichterstattung zur Herbeiführung der nach StPO. § 485 notwendigen Entschließung des Staatsoberhauptes bzw. des Kaisers (Binding Hb. I 859), während die auf Vollstreckung lautende Allerh. Entschließung selbst nach dem N. 1 Bemerkten eine solche Hdlg. nicht ist; wohl aber die Anordnung des Gerichtsherrn nach MStGO. § 451;

b. bei Freiheitsstrafen nach StPO. § 489 die Verfügung: α. der Ladung zum Antritt der Strafe, welche erlassen werden muß, falls der Verurteilte nicht fluchtverdächtig ist; β. des im Falle der Nichtgestellung auf ergangene Ladung zum Antritt erlassenen Vorführungsbefehls; γ. des Haftbefehls bei vorliegendem Fluchtverdacht; δ. des Erlasses eines Steckbriefes;

c. bei Geld- und anderen Vermögensstrafen nach StPO. § 495 die Beauftragung des Gerichtsvollziehers mit der Beitreibung.

Darauf, ob im Einzelfalle die auf Vollstreckung gerichtete Maßregel gerechtfertigt bzw. gesetzlich erlaubt gewesen sei, kommt es nicht an; so unterbricht z. B. die Verfügung eines Vorführungsbefehles, auch ohne vorgängige Ladung zum Antritt, die Verjährung dennoch.

5) Ob eine Hdlg. „auf Vollstreckung der Strafe gerichtet" sei, kann im einzelnen zweifelhaft sein, gleichwie die Frage, ob eine Hdlg. wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet sei (§ 68 N. 9, 10). Ein Begnadigungsbericht, der für vollständige Begnadigung sich ausspricht, ist auf das Gegenteil gerichtet und deshalb keine Unterbrchgshdlg.; aber auch ein über ein Gnadengesuch erforderter Bericht, der gegen oder wenigstens gegen vollständige Begnadigung sich ausspricht, erscheint nicht auf Vollstreckung der Strafe gerichtet — er betrifft immer selbst alsdann die Begnadigung, wenn er auch dagegen sich ausspricht. Anders liegt es, wie schon (N. 4) hervorgehoben, bei der Berichterstattung behufs Herbeiführung der Allerh. Entschließung über die Todesstr. nach StPO. § 485, da der Bericht, mag er für oder gegen die Vollstreckg. sich aussprechen, unter allen Umständen dazu dient, eine gesetzlich für die Vollstreckg. erforderliche Vorentscheidung herbeizuführen.

Verfügungen, durch die lediglich der Aufschub oder die Unterbrechung einer Strafe bewilligt wird, erscheinen nicht auf die Strafvollstreckg. gerichtet (so Oppenh.-D. N. 10; aM. Binding Hb. I 859), wohl aber solche Verfügungen, die gleichzeitig bestimmen, auf wie lange der Aufschub oder die Unterbrechung erfolge; Geyer I 201; vgl. auch Schütze S. 212 u. v. Schwarze N. 4 („Bewilligung einer Zahlungsfrist").

6) Nicht auf die Vollstrckg. einer „Strafe" gerichtete Handlungen unterbrechen die Verjhrg. nicht; also namentl. nicht eine Hdlg., welche die Vollstreckg. einer Buße betrifft oder die Mitteilung einer Urteilsausfertigung an den Beleidigten behufs Herbeiführung einer öffentl. Bekanntmachung nach § 200; vgl. E. I Abschn. 1 N. 4, 5. Endlich auch nicht eine die Einziehung von Kosten betreffende Hdlg.

7) „Die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgende Festnahme des Verurteilten" unterbricht die Verjhrg. auch dann, wenn sie nicht „von derjenigen Behörde, welcher die Vollstreckung obliegt", vorgenommen wurde. Jedoch wird man auch hier verlangen müssen, daß der Festnehmende zur Festnahme zuständig gewesen; deshalb wird z. B. die Festnahme seitens eines Polizeibeamten vor Erlaß eines Vorführungs- o. Haftbefehls (StPO. § 489) zur Unterbrchg. nicht geeignet sein; so: H. Meyer S. 332 N. 73, Rubo N. 4; aM. Binding Hb. I 859 N. 19, der StPO. § 127_2 analog anwendet. Dagegen unterbricht

Digitized by Google

die von einem nicht zum Hilfsbeamten der StAschaft bestellten Polizeibeamten auf Ersuchen des StAnwalts vorgenommene Festnahme, desgl. die auf Grund eines Steckbriefes von jedem Polizei- u. Sicherheitsbeamten bewirkte; Frank N. IV.

Privatpersonen erscheinen jedoch niemals — auch nicht auf Grund eines Steckbriefes — zur Festnahme zum Zwecke der Strafvollstrckg. im obigen S. zuständig; denn die hierfür allein maßgebende StPO. gestattet nur im Falle des § 127 bei Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat eine sog. vorläufige Festnahme durch eine Privatperson, während die Festnahme zum Zwecke der Strafvollstrckg. nur von den Vollstrckgsbehörden selbst bzw. den Behörden oder Beamten, welche diese damit im besonderen o. allgemeinen (beim Steckbrief) beauftragen oder darum ersuchen, vorgenommen werden darf. So: Berner S. 327, Binding Hb. 1 858, H. Meyer aO., Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 12, Rüd.-St. N. 3. AM.: Heinze HH. 2 624, v. Schwarze N. 2.

8) Die Festnahme des Verurteilten „muß zum Zwecke der Vollstreckung" erfolgen, also nicht etwa behufs Ausführung einer wegen einer anderen Tat angeordneten Untersuchungshaft. So die GM.

Gleichgültig ist dagegen, ob auch die Festnahme demnächst zur Vollstreckung führt, oder ob der Verurteilte dieser etwa durch die Flucht sich entzieht; Schütze S. 212.

9) Jede auf Vollstrckg. der Strafe gerichtete Hdlg. „unterbricht" (und zwar auf so lange, als die auf Vollstrckg. gerichtete Hdlg. dauert; Binding Hb. 1 859) „die Verjährung", nämlich derjenigen Strafe, auf deren Vollstrckg. die Hdlg. gerichtet war. Sind deshalb durch ein Urteil wegen realiter konk. Hdlgen verschiedene Hauptstr. erkannt, z. B. Gef. und Haft bzw. Geldstr., so wird nur die Verjhrg. bei der Strafe unterbrochen, auf deren Vollstreckung die Hdlg. sich richtete, also z. B. durch Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Einziehung der Geldstr. nicht die Verjhrg. bezüglich der Freiheitsstr., bzw. durch einen Vorführungsbefehl zur Verbüßung der Haftstr. nicht die Verjhrg. bezüglich der Gefängnis- u. der Geldstr.; Binding Hb. 1 859, Rubo N. 1. Dabei kommt einerseits die bei § 70 N. 5, 7_1 hervorgehobene Einheitlichkeit der Strafe in Betracht, d. h. sowohl der Hauptstr. mit den — überhaupt der Vollstrckg. bedürfenden — Nebenstr. (Oppenh.-D. N. 1) als auch einer Gesamtstr., (nicht aber wie Oppenh.-D. annimmt, bezüglich sämtlicher durch ein Urteil wegen verschiedener Hdlgen erkannter Einzelstrafen), andererseits aber ist zu beachten, daß häufig eine Hdlg. auf Vollstreckung mehrerer Strafen sich richten kann, so ein wegen Vollstreckung mehrerer Freiheitsstr. erlassener Haftbefehl oder Steckbrief, so ferner ein an einen Gerichtsvollzieher gerichteter Auftrag zur Einziehung verschiedener Geldstr.; Binding Hb. 1 859, Oppenh.-D. N. 15.

Aus dem Prinzip der Einheitlichkeit der wegen einer Hdlg. erkannten Strafe bzw. einer wegen mehrerer Hdlgen erkannten Gesamtstr. folgt, daß eine auf Vollstreckung einer Nebenstr. gerichtete Hdlg. die Verjhrg. bezüglich der Hauptstr. unterbricht.

Zu § 72 Absatz 2. N. 10.

10) Die nach der Unterbrechung beginnende „neue Verjährung" folgt, da ein anderes nicht bestimmt ist, denselben Vorschriften wie die ursprüngliche (§ 68 N. 21). Daraus ergibt sich namentl.:

a) Die neue Verjhrg. beginnt, nach Analogie des $\S 70_2$, mit dem Tage, an dem die Unterbrchg. aufhört; aM. Binding Hb. 1 859, an dem auf das Ende der Unterbrchg. folgenden Tage.

b) Die neuen Verjhrgsfristen bleiben dieselben, wenn auch ein solcher Teil der Strafe verbüßt sein sollte, daß der Rest, hätte das Urteil darauf gelautet, in kürzerer Frist verjährt wäre; so die GM.; aM. Binding aO.

c) Auch die neue Verjhrg. kann unterbrochen werden; so Binding aO.; aM. Rubo N. 5.

Zu § 72 im allgemeinen. N. 11.

11) Ein Ruhen der Verjhrg. der Strafvollstrckg., ähnlich wie bei der Strafverfolggsverjhrg. (§ 69), ist dem StGB. unbekannt. Namentl. findet ein Ruhen nicht statt, wenn die Vollstreckung gesetzlich unzulässig ist (Geyer 1 201), wie die Vollstrckg. einer Freiheitsstr. gegen einen vor dem Antritt in Geisteskrankheit verfallenen Verurteilten (StPO. $\S 487_1$). Ferner auch nicht in den Fällen, in welchen im Interesse des Verurteilten auf Grund der

Digitized by Google

Vorschriften der StPO. (§§ 400$_2$, 487 f.) eine Hinausschiebung oder Unterbrchg. der Strafe stattfindet; Oppenh.-D. N. 18, 19.

Eine Ausnahme nehmen jedoch unberechtigterweise Binding Hb. I 855 u. auch Geyer I 201 in dem § 70 N 9$_2$ hervorgehobenen Falle an.

Fünfter Abschnitt.

Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen.

1) Im Abschnitt 5 ist die Materie der Verbrechenskonkurrenz, d. h. des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Hdlgen nach der Auffassung des StGB. (§ 73 N. 11), geregelt. Nach dem EG. § 2 N. 11 ff. Ausgeführten ist jedoch dafür zu erachten, daß abweichende Bestimmungen des älteren besonderen Reichs- (Bundes-) Strafrechts in Geltung geblieben sind (so auch z. B. RG. IV 3. Mai 87 E. 16 58 btr. BJG. § 158), als auch daß die Landesgesetzgbg. in den im EG. § 2$_2$ bezeichneten Spezialgesetzen abweichende Bestimmungen treffen kann; im übrigen aber hat die Landesgesetzgbg. dem Reichsstrafr. gegenüber jedes Eingriffs sich zu enthalten; so die GM.; aM. einerseits Binding Hb. I 314, die Landesgesetzgbg. habe nur die Befugnis, Fälle idealer wie realer Konk. landesrechtl. Delikte zu selbständigen Delikten zu stempeln, andererseits Heinze RStrafr. S. 85, die Landesgesetzgbg. habe das Recht, Bestimmungen über die Konk. zu treffen, sogar für den Fall des Zusammentreffens eines reichsgesetzl. mit einem landesgesetzl. V.

2) Auch soweit das StGB. selbst in den §§ 74 ff. vom „Zusammentreffen von Strafen" spricht, handelt es sich doch immer nur um Strafen, die bei der Abgeltung zusammentreffender Verbrechen in Frage kommen, also in Wahrheit auch nur um die Strafanwendung bei der Verbrechenskonkurrenz.

Vorschriften über das Zusammentreffen von Strafen in der Vollstreckung hat weder das StGB. noch die StPO.; denn § 492 der letzteren (s. u. § 79 N. 19) findet auch dann noch Anwendung, wenn eine der durch verschiedene Urteile erkannten Strafen schon verbüßt sein sollte.

§. 73.

Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung.

PrStGB. §§ 55, 337. Entw. I §§ 64, 344, II § 71.

Absorption 23.
Akt, ein einziger 2, mehrere 3.
Alternativität d. Strafges. 15.
Androhung d. Strafe 25.
Anwendung, zur . . . kommen 33.
Bankerott 5 b, 21 b.
Buße 32.
Dauerdelikte 5 c.
Ehrenstrafen neben Ges. 27 a.
Einheit, gesetzliche 5, tatsächliche 6.
Einstellung d. Verfahrens 38.
Fortgesetztes V. 6 ff., Natur desf. 8, Stellung d. Praxis 10.
Fragestellung 37.
Ges. u. Festungsh. 27 b.
Gesetz, bes. und allg. 12, anzuwendendes 23.
Gesetzeskonk. 12.
Handlung 1, eine u. dies. 1—11, insbs. 1:, fortgesetzte 6, 22.
Idealkonk. 15 ff., gleichart. u. ungleichartige 16, von Offizial- u. Antragsdel. 36 a, bei Verjährg. eines Del 6 b, als Strafzumessungsgrund 34 f.,
Stellung d. Praxis 19.
Identität der Hdlg. 20.
Kollektivdelikte 5 d, 14 b, 21 c.
Konsumtion einer Strafdrohung 14.
lex posterior derogat priori 12.
Mischtatbestand 7 b.
ne bis in idem 38.
Nebenstrafen 31.
„nur" 30.
poena major absorbet minorem 23, 34.
Polizeil. Maßnahmen 32.
Privatgenugtuungen 32.
Publikationsbefugnis 32.
Qualifikationsgrund 14 a, 21 a, s. Tatbestand.
Reichsr. geht vor Landesr. 12.
Rückfall 24 b.
Strafantrag, Fehlen des . . . 24 a, 36 a.
Strafart 26, zulässige mild. 33 b.
Strafe, schwerste 28 f.
Strafgesetze, ausschließl. Anwendung 30 f.,
Alternativität 15,
Konkurrenz 12,
Konsumtion 14,
Subsidiarität 13,
Verletzung 15, 16.
Strafminimum, zulässiges 33 a.
Strafzumessungsgrund 34 f.
Tatbestand mit Beziehung auf fortges. V. 8, qualif. u. privileg. 5 a, 12 a.
Teilnahmehandlgen 4 b, 13 b β.
Umstand, objektiver 5 b.
Verbrechenseinheit u. -mehrh. 11, 13.
Verfahren, schwurgerichtl. 37.
Verjährung eines Del. 36 b.
Verletzung mehrerer Strafgesetze 15, wiederholte . . dess. Strafges. 16.
Vermischung mehrerer Strafgesetze 30, 33.
Versuchs- u. Vorbereitungshdlgen 4 a, 13 b β.
Verurtlg. wg. aller Del. 24 b.
Zusammentreffen strafb. Hdlgen 15.
Zuständigkeit 39.

Digitized by Google

Eine und dieselbe Handlung. N. 1—11.

1) „Eine und dieselbe Handlung" steht im offenbaren Gegensatz zu den „mehreren selbständigen Handlungen" des § 74. Es bezeichnet nun „Handlung" an sich nicht „strafb. Hdlg." (so richtig: Binding Hb. 1 574, Geyer 1 185; aM. Ortloff G. 32 415), wie mit Klarheit daraus hervorgeht, daß „eine und dieselbe Hdlg." i. S. des § 73 „mehrere strafb. Hdlgen" i. S. der Überschrift des Abschn. 5 darstellen kann. Demgemäß ist auch die in den §§ 73 u. 74 gemachte Unterscheidung zunächst als eine tatsächliche, jener Ausdruck selbst vom natürlichen Tun oder Lassen zu verstehen; Geyer aO., Rubo N. 1, Hiller GS. 32 210, Ortmann G. 35 30, Bünger ZStrW. 8 587.

Die in Anlehnung an das PrStGB. § 55 gebrauchte Ausdrucksweise „eine und dieselbe Hdlg." ist pleonastisch und soll lediglich in verstärkter Weise hervorheben, daß „Eine" Hdlg. die Voraussetzung bilde.

2) Positiv folgt zunächst aus der Natur der Sache, daß eine nur aus einem einzigen Akte, z. B. aus einem Schlage, einem Schusse, einer Beischlafsvollziehung, einer Veröffentlichung, bestehende Willensbetätigung stets „eine und dieselbe Hdlg." in dem eben erläuterten S. des § 73 darstellt; RG. IV 11. Juli 90 E. 21 63, München OberstesLG. 10. Nov. 00 G. 48 141; vgl. auch RG. IV 12. Feb. 95 E. 27 19, das auch einen durch Umsichhauen auf eine versammelte Menge im ganzen gerichteten Angriff als einen einzigen Handlungsakt auffaßt, der die Annahme eines fortgesetzten Delikts ausschließt. Wenn v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 107 (vgl. auch GS. 35 517 sowie Ortloff ThürBl. 42 109) aus der Wendung „eine und dieselbe Hdlg." folgert, es habe § 73 „hiermit einen Gegensatz dahin poniert, daß es eine Hdlg. gebe, welche dieselbe Eine Hdlg. sei, im Unterschied von einer Hdlg., welche nicht dieselbe Eine Hdlg. sei, sondern vielmehr einen Komplex mehrerer Hdlgen enthalte", sowie, es sei § 73 deshalb davon ausgegangen, daß „nur eine Hdlg. mit nur Einer Kausalität Eine Hdlg. sei, während eine Hdlg. mit mehreren Kausalitäten als mehrere Hdlgen betrachtet werden müßte", so legt diese Auffassung, gegen die insbs. Binding Hb. 1 579, Hälschner 1 657 N. 1, v. Liszt S. 236 N. 3, Frank N. III 1, Schütze ZStrW. 3 64, Hiller GS. 32 200 ff., Ortmann G. 35 33, Bünger ZStrW. 8 698 ff. u. Heinemann Idealkonk. S. 65 ff., 85 sich gewendet haben, dem Gesetzgeber eine Erwägung unter, die ihm sicher ferngelegen hat (vgl. v. Schwarze GS. 34 580), andererseits aber läßt sie die natürlichste Erklärung jener Ausdrucksweise (N. 1_2) außer acht.

Mit der Einheit des Aktes ist die Gleichzeitigkeit nicht identisch; so liegt keine Einheit des Aktes vor, wenn der Täter mit jeder Hand gleichzeitig je eine Person verletzt; RG. IV 28. Apr. 99 E. 32 137.

3) Negativ steht fest, daß eine Mehrheit von Akten, die Willensbetätigungen darstellen, nicht die Einheit der Hdlg. i. S. des § 73 ausschließt; die Erscheinungen des alltäglichen Lebens bestätigen, daß man häufig einen Inbegriff von Willensbetätigungen als eine natürliche Einheit auffaßt. Diese natürliche Zusammenfassung einzelner menschlicher Akte zu einer Einheit ist auch da von Bedeutung, wo deren Beurteilung aus dem Gesichtspunkte der „strafb. Hdlg." in Frage kommt, jedoch tritt hier daneben die juristische Betrachtungsweise, nach welcher häufig mehrere Einzelakte eine kriminalistische Einheit oder Eine Hdlg. im strafrechtl. S. (nicht notwendig Eine strafbare Hdlg.) bilden; die Einheit im natürlichen S. ist hiernach stets auch eine solche im strafrechtl. S., aber nicht ist umgekehrt jede Einheit im strafrechtlichen S. auch eine solche im natürlichen. Demnach sind für die Beurteilung, ob „eine und dieselbe Hdlg." i. S. des § 73 anzunehmen sei, beide Auffassungen zusammen maßgebend; vgl. RG. II 12. März 86 E. 13 399.

4) In juristischer Beziehung sind zunächst die beiden allgemeinen Gesichtspunkte entscheidend, wonach stets nur als „eine und dieselbe Hdlg." erscheinen:

a. alle, strafbaren o. straflosen, Einzelakte, welche die Vorbereitung oder den Versuch einer strafb. Hdlg. enthalten, zusammen mit den sie vollendenden Einzelakten;

b. alle als Teilnahme an einer strafb. Hdlg. sich darstellenden Akte zusammen mit denjenigen der Täterschaft bzw. Mittäterschaft.

Digitized by Google

5) Es kommt ferner die in der Aufstellung der besonderen Verbrechenstatbestände sich ausprägende juristische Auffassung des Gesetzgebers in Betracht. Eine sog. gesetzliche Einheit (v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 38 ff.) liegt, abgesehen von den Fällen, wo der zusammengesetzte Verbrechenstatbestand, wie z. B. derjenige der Urkfälschg. (§ 267), begrifflich verschiedenartige Einzelakte erfordert, namentl. vor:

a. wo der einfache Tatbestand durch Hinzutritt eines o. mehrerer straferhöh. Umst. qualifiziert oder durch Hinzutritt strafvermind. Umst. privilegiert wird, sowie in denjenigen Fällen, wo, wie bei der Kuppelei (§§ 180 f.), ein an sich straffloser Tatbestand durch Hinzutritt gewisser Qualifikationsgründe strafbar wird; RG. IV 29. Sept. 93 E. 24 270;

b. bei Verbrechenstatbeständen, nach welchen Ein (vorhergehender, gleichzeitiger o. nachfolgender) objektiver Umstand, bzw. Ein Objekt, wie z. B. bei der Partiererei (§ 259) die fehlerhaft erworbene Sache, die Bedingung für die Strafbarkeit eines oder mehrerer, gleichartiger oder verschiedenartiger Delikte bildet;

c. bei den sog. Dauerdelikten, bei welchen der Verbrechenstatbestand durch eine während eines gewissen Zeitraumes ununterbrochen fortdauernde Willensbetätigung verwirklicht wird (§ 67 N. 15 I). Von diesen Dauerdelikten sind als ihrer Natur nach verschieden zu unterscheiden die sog. Zustandsdelikte (v. Liszt S. 238), bei welchen durch eine einmalige Hdlg. ein fortdauernder rechtswidriger Zustand erzeugt wird, sei es mit Notwendigkeit, wie z. B. bei der schweren Körperverletzg. aus § 224, sei es nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, wie beim Diebst. aus § 242. Allerdings wird dieser Ausdruck auch in anderer Bedeutung gebraucht, während Binding Hb. 1 543, trotz des Hervorhebens ihrer wesentlichen Verschiedenheit, sowohl jene wie diese Delikte unter dem Namen „Dauerverbrechen" zusammenfaßt, um sie von den „fortgesetzten Verbrechen" (N. 6) zu trennen. Als Dauerdelikt kann sowohl die Zuwiderhandlung gegen ein Verbot wie die gegen ein Gebot sich darstellen. Tatsächlich sind die meisten echten Unterlassungsdelikte (§ 1 N. 3 b) Dauerdelikte (Binding Hb. 1 840, Hälschner 1 698), wenn auch denkbar, daß die Vornahme einer Hdlg. nur zu einem ganz bestimmten Zeitpunkte geboten und demgemäß nur die entsprechende zeitweilige Unterlassg. mit Strafe bedroht ist; RG. I 4. Juni 83 E. 8 390. Mit Recht bemerkt Binding aO. S. 841, daß zu unterscheiden sei, ob das Ende der Frist auch das Ende der Pflicht, oder ob die Frist nur die Zeit für deren ordnungsmäßige Erfüllung bedeute;

d. bei den sog. Kollektivdelikten, d. h. den geschäfts- (§ 144 N. 1), gewerbs- o. gewohnheitsmäßigen (§ 260 N. 2 ff.) Delikten; vgl. auch § 361 Nr. 3 c.

6) Den in N. 5 bezeichneten Fällen der gesetzlichen Einheit, die einer abweichenden Auffassung kaum unterliegen, tritt der bestrittene Fall einer tatsächlichen Einheit zur Seite.

Ist durch eine Willensbetätigung der Tatbestand einer strafb. Hdlg. bereits erfüllt oder bis zu einem strafb. Versuch gediehen, so entscheidet, von jenen Fällen der gesetzlichen Einheit abgesehen, wesentlich die konkrete Gestaltung des Falles darüber, ob die sich fortsetzende, von neuem den Tatbestand erfüllende oder wenigstens als strafb. Versuch sich darstellende Willensbetätigung mit jener früheren zusammen „eine und dieselbe Hdlg." bilde oder ob „mehrere selbständige Hdlgen" (§ 74) vorliegen; denn da es eben um eine bloß tatsächliche oder, nach Schütze S. 192 u. ZStrW. 3 57, praktische Einheit sich handelt, so verbietet sich die Aufstellung einer „begrifflichen Unterscheidung"; dem steht aber nicht entgegen, daß auch rechtliche Gesichtspunkte für die Beurteilung der Frage, ob eine fortgesetzte Hdlg. anzunehmen, mit in Betracht kommen, wie namentl. die Eigentümlichkeit des oder der fraglichen Verbrechenstatbestände (N. 7, 8); vgl. Binding Hb. 1 531, Hälschner 1 661, H. Meyer S. 428 f. insbs. N. 12.

Die Streitfrage, ob es ein fortgesetztes Verbrechen im ersteren Sinne gebe, hat das StGB. selbst nicht lösen, vielmehr deren Entscheidung, wie so mancher anderen wichtigen Streitfrage, der Theorie und Praxis überlassen wollen; aus dem Schweigen des StGB. ist daher nichts zu entnehmen. So: RG. in zahlreichen Entscheidungen, insbs. III 21. Mai 81, 28. Jan., 3. März, I 17. Jan. 84, E. 4 187, 10 53, 203, 9 426, desgl. RMG.,

Digitized by Google

insbs. I 7. Apr., 26. Mai 02, E. 2 264, 3 62 (67), Berner § 149, Binding Hb. 1 540 u. Grundr. S. 131, Finger 1 374, Hälschner 1 660, v. Liszt S. 240 N. 2, H. Meyer S. 427, Merkel S. 263 f. u. HH. 2 575 f., v. Wächter S. 293, Oppenh.-D. § 74 N. 3, Rüd.-St. T. I Abschn. 5 N. 3 u. § 74 N. 4, v. Schwarze § 74 N. 7, 8 u. GS. 34 582, v. Stemann GS. 24 23, Ortmann GS. 26 67, Rathenau Fortges. Verbr. (Diss. Berlin 1896) S. 82 sowie GS. 46 81 ff., auch v. Lilienthal Kollektivdel. S. 61, der jedoch den ganzen Begriff für entbehrlich hält, welcher Anschauung v. Schwarze, Rüd.-St. u. Bünger ZStrW. 8 671 f. gleichfalls sich zuneigen, endlich auch Höpfner Einh. u. Mehrh. 1 265, jedoch unter Einnahme eines eigentümlichen Standpunktes (das. S. 257, 272). AM.: Geyer 1 184, Meves § 176 N. 7, Rubo § 74 N. 15, Ortloff G. 24 422 u. 32 419, v. Buri Kausalität S. 54 u. Einh. u. Mehrh. S. 115. Das jedoch ergibt sich aus den Bestimmungen des StGB., daß die Frage nur so, wie oben geschehen, gestellt werden darf; so auch RG. III 10. Dez. 83 E. 9 344.

7) Die Eigentümlichkeit des Verbrechenstatbestandes kommt in doppelter Beziehung in Betracht:

a) Einerseits steht die Natur derjenigen Delikte, welche gegen höchstpersönliche (Individual-) Rechte sich richten, insbs. also gegen eine Person selbst, der Annahme einer fortgesetzten Hdlg. allemal entgegen, sobald verschiedene Personen angegriffen werden; so die GM., insbs. RG. II 29. März 81 E. 4 36, ferner die u. N. 10 IIa aE. zitt. Entsch.; vgl. aber v. Bülow GS. 59 185 u. Höpfner Einh. u. Mehr. S. 235.

b) Andererseits zeigt die Formulierung des Tatbestandes vieler V. ausdrücklich an, daß eine Fortsetzung des mittels eines Einzelaktes juristisch bereits vollendeten V. durch Wiederholung gleichartiger Einzelakte als eine regelmäßige Erscheinung ins Auge gefaßt sei; so in manchen, wenn auch nicht in allen Fällen, wo das Gesetz der Pluralform sich bedient (vgl. z. B. „unzüchtige Hdlgen" in den §§ 174 u. 176, sowie „Glücksspiele" im § 285), oder da, wo ein Kollektivbegriff, wie z. B. „Verbreitung" o. speziell Amtsausübung, Zweikpf., Mißhdlg., Schlägerei, Betteln, gebraucht wird, der einen Komplex gleichartiger Willensbetätigungen zu einer Einheit zusammenfaßt; Binding Hb. 1 554 f., v. Liszt S. 238. In vielen Fällen deutet ferner die Aufstellung eines sog. Mischtatbestandes, obschon hier eine Mehrheit selbständiger Verbrechenstatbestände im Interesse der Kürze in einem Strafgesetz zusammengefaßt wird (Binding Normen 1 — 2. Aufl. — S. 205 f., 2 482; vgl. auch Wertheimer Mischgesetze S. 3), stillschweigend darauf hin, daß die einzelnen Tatbestände nach der Auffassung des Gesetzgebers aus dem für ihre Zusammenfassung in einen Gesetzesparagraphen maßgebenden Gesichtspunkte trotz ihrer juristischen Selbständigkeit einen solchen Zusammenhang haben, daß die Vornahme des einen Aktes lediglich als Fortsetzung des anderen erscheinen kann, wie z. B. der tätliche Angriff als Fortsetzung der Widerstandleistung durch Gewalt o. umgekehrt (§ 113 N. 20 vorletzt. Abs.); Binding Hb. 1 560.

c) In anderen Fällen wird es endlich der regelmäßigen Gestaltung des Falles entsprechen, nur eine Gesamthandlg. anzunehmen, während die Annahme einer, begrifflich nicht ausgeschlossenen, Realkonk. (§ 74), eben deshalb eine besondere Begründung erfordern wird; vgl. RG. II 15. Apr. 98 (btr. Verhältnis des gewerbsm. Glücksspiels zur Hinterziehung der Abgabe im Geschäftsbetriebe des Buchmachers), IV 24. Jan. 02 (btr. Inverkehrbringen einer widerrechtlich bezeichneten Ware im Verhältnis zur Bezeichnung selbst), E. 31 114, 35 89. Vgl. jedoch N. 8_1.

8) Da das StGB. den Begriff der „fortgesetzten Hdlg." nicht aufgestellt hat, so müssen im Falle der Annahme des Vorliegens einer solchen die Feststellungen erkennen lassen, daß eine äußerlich gegebene Mehrheit von Akten als ein in Wirklichkeit einheitlicher Willensakt tatsächlich aufgefaßt worden sei; RG. III 21. Mai 81 E. 4 187. Dem entspricht es, wenn RG. III 28. Jan. 84, 21. Jan. 86, E. 10 53, 13 285 den Satz aufstellen, die Einheit der Hdlg. (nicht die Annahme der Realkonk.) bedürfe einer besonderen Begründung, wenn die einzelnen Hdlgen zeitlich auseinanderfallen; in diesem Sinne namentl. auch III 20. Okt. 94 E. 26 175; vgl. auch I 7. Mai 03 G. 50 285 btr. unge-

Digitized by Google

nügende Begründung des Fortsetzungsverhältnisses bei zeitlich auseinander liegenden Einzelhandlungen. Vgl. aber § 7 c.

Um zu einer solchen Fassung zu gelangen, ist es nötig, daß unter den Einzelakten der Willensbetätigung ein derartiger Zusammenhang als vorliegend angenommen werde, daß der natürlichen Auffassung des Sachverhalts nach keiner der Akte als eine selbständige Hdlg., sondern jeder der nachfolgenden Akte nur als eine Fortsetzung der vorausgehenden erscheint (RG. I 17. Jan. 84 E. 9 426). Dieser Zusammenhang ist jedenfalls durch eine in der Mitte liegende Bestrafung unterbrochen; vorher begangene Zuwiderhandlungen können nicht nach der Verurteilung als einheitl. Straftat sich fortsetzen; RG. I 17. März 90 E. 20 316, 12. Apr. 94 G. 42 114.

a) Der nötige Zusammenhang erfordert zunächst die Einheit des Rechtsgutes, gegen welches die Hdlgen sich richten (N. 7a); RG. III 28. Jan., 3. März 84, E. 10 53, 203, II, III 19. Dez. 87 E. 17 103, Binding Hb. 1 531, 542, Hälschner 1 661, H. Meyer S. 428, Bünger ZStrW. 8 673; vgl. auch v. Bülow GS. 59 183. S. ferner N. 10 IIa.

Der innere Zusammenhang erfordert weiter die Einheitlichkeit des gegen dasselbe Rechtsgut sich richtenden Vorsatzes (§ 59 N. 16), soweit ein solcher erfordert wird. Jene Einheitlichkeit des Vorsatzes ist nicht gleichbedeutend mit der Einheit des Entschlusses, weshalb auch die gleichzeitige Fassung des Entschlusses zur Begehung mehrerer Delikte die Annahme einer Realkonk. (§ 74) nicht ausschließt; RG. I 2. Apr. 03 G. 59 273; denn der im voraus gefaßte Entschluß kann dahin gehen, nacheinander zu im voraus festgesetzten Zeiten oder bei sich darbietender Gelegenheit, mehrere selbständige Hdlgen zu begehen, und braucht keineswegs darauf gerichtet zu sein, eine Hdlg., wenngleich in fortgesetzter Ausübung dieses einen, alle künftigen Einzelakte umfassenden Entschlusses zu verüben; mit der Einheit des Entschlusses der erstbezeichneten Art ist die Selbständigkeit des in jedem Einzelfalle gefaßten, auf Begehung einer neuen selbständigen Straftat gerichteten Vorsatzes wohl vereinbar, und die Tatsache, daß der Täter im voraus planmäßig die Verübung einer Mehrheit, wenn auch gleichartiger, Hdlgen beschließt, ist für sich nicht geeignet, die Zusammenfassung der letzteren zu einer Einheit zu rechtfertigen; so RG. III 4. Nov. 86 E. 15 23, mit der Ausführung, daß in diesem Sinne auch IV 13. Jan. 85 E. 12 102 aufzufassen sei, indem es unter „Entschluß" nur verstanden habe, was richtiger mit „Vorsatz" zu bezeichnen gewesen wäre; ebenso ist III 29. März 82 R. 4 287 zu verstehen (vgl. jedoch wiederum: IV 30. Sept. 87 R. 9 483, 2. Feb. 94 E. 25 101 sowie III 20. Okt. 94 E. 26 175); so auch II 27. Nov. 91, 30. März, I 15. Feb. 94, E. 22 235, 25 230, 26 162, II 20. März 96 G. 44 50 u. dem Wesen nach I 8. Dez. 87 R. 9 710; ebenso RMG. I 18. Mai 03 E. 5 129; vgl. jedoch btr. der zu machenden Unterscheidung v. Bülow aO. S. 181. S. ferner N. 10 IIbβ.

Die Möglichkeit der Verbindung der beiden oben charakterisierten Erfordernisse zu einer fortgesetzten Hdlg. ist nur dann gegeben, wenn das angegriffene Rechtsgut eine Verletzung in quantitativ größerem oder geringerem Umfange, also auch in quantitativen Abschnitten in der Weise zuläßt, daß die einzelnen auf die Verwirklichung jenes Teiles gerichteten Tätigkeitsakte die gleiche rechtliche Beschaffenheit haben. Richtet unter diesen Voraussetzungen der Vorsatz sich von Anfang an oder wenigstens im Verlaufe der Ausführung auf das Gesamtobjekt der Verletzung, so liegt der erforderliche innere Zusammenhang für die Annahme einer fortgesetzten strafb. Hdlg. vor; so das zit. RG. E. 17 103. Wenn aber RG. III 17. Jan., 11. Dez. 84, E. 9 426, 11 355 bei einem solchen Zusammenhange die Annahme einer fortgesetzten Hdlg. für um so gerechtfertigter erklären, falls die mehreren Einzelakte erst in ihrer Gesamtwirkung einen strafrechtl. relevanten Erfolg (z. B. Lebensgefährdung i. S. des § 223a) herbeiführten, den sie einzeln nicht bewirkten, so wird verkannt, daß dann lediglich ein Fall der sog. gesetzlichen Einheit (N. 5a) vorliegt.

b) Nicht wesentlich erscheint es dagegen, daß auch äußerlich ein Zusammenhang in der Gleichartigkeit der Begehungsform (so das zit. RG. E. 10 203; auch v. Bülow GS. 59 182; vgl. jedoch N. 7b) bzw. in dem zeitlichen Zusammenfallen oder der Aufeinanderfolge der Einzelakte hervortrete. Auch ohne diese Momente kann eine

Digitized by Google

fortgesetzte Hdlg. vorliegen, während andererseits diese Momente allein oder auch i. V. miteinander nicht ausreichen, um die Zusammenfassung zur juristi. Einheit der fortgesetzten Hdlg. zu rechtfertigen (zit. RG. E. 15 23). Ein „zusammenhängendes verbrech. Treiben" ist als Merkmal für das Vorliegen einer fortgesetzten Hdlg. nicht zu verwerten, weil „durch die Entwickelung einer mannigfaltigen oder irgendwie persönlich, zeitlich oder örtlich verbundenen verbrech. Tätigkeit die Mehrheit einer Reihe selbständiger Delikte objektiv nicht im entferntesten ausgeschlossen wird"; RG. III 21. Mai 81 E. 4 187; vgl. auch III 25. März 95 E. 27 122. Dagegen steht der Annahme einer fortgesetzten Hdlg. der Umstand nicht entgegen, daß die Tat, z. B. eine Mißhdlg., teilweise eine gemeinschaftliche war (§ 223a), demnächst aber in Eintäterschaft, und zwar vielleicht mit schwerem oder tötl. Erfolge (§§ 224, 226) fortgesetzt wurde; RG. II 1. Okt. 86 N. 8 577.

9) Stellt eine fortgesetzte Hdlg. nur „eine und dieselbe Hdlg." dar, so muß diese kriminalistische Einheit in allen Fällen sich bewähren, wo eine fortgesetzte Hdlg. als Gegenstand der strafrechtl. Verfolgung in Frage kommt. Wie sie demnach nur mit Einer Strafe belegt werden kann (N. 22), so kann letztere im Falle des Gesetzeswechsels auch nur auf Grund des einen „mildesten Gesetzes" gefunden werden (§ 2 N. 10); handelt es sich um das Erfordernis eines Strafantrages, so kann die Antragsfrist nur einheitlich berechnet werden (§ 61 N. 34; vgl. auch das. N. 40_3); ebenso kann es nur darum sich handeln, ob die Verfolgung der ganzen Straftat verjährt ist oder nicht (§ 67 N. 14c); vgl. auch § 3 N. 4b. Bei der Natur der fortgesetzten Hdlg. würde zwar eine Zerlegung in die an sich schon einen Verbrechenstatbestand enthaltenden Einzelakte sich ausführen lassen, allein man würde damit die Einheit, zu deren Annahme man eben gekommen, in der praktischen Anwendung sofort wieder fallen] lassen; dieselbe aber etwa nur für die Verhängung der Strafe festzuhalten, erscheint prinziplos.

Wg. der Frage, ob verschiedene Teilnahmehdlgen an einer fortgesetzten strafb. Hdlg. miteinander in Realkonk. (§ 74) treten können, vgl. u. N. 18b.

Keine Ausnahme ist es, wenn im Falle des Inkrafttretens eines Strafgesetzes im Laufe einer fortgesetzten Hdlg. die vorher verübten Einzelakte außer Betracht zu bleiben haben (§ 2 N. 8c), da diese als solche selbstverständlich nicht mit Strafe belegt werden können, ihrerseits aber auf den Charakter der nachfolgenden Akte keinen Einfluß üben, folglich kriminalistisch bedeutungslos sind, anders als die vorangegangenen Akte bei einem Dauer- oder Kollektivdelikte (§ 2 N. 8a, b).

Von großer Bedeutung ist die „fortgesetzte Hdlg." auch in prozessualer Beziehung namentl. für die Fragen btr. der Rechtshängigkeit u. der Rechtskraft (RG. I 15. Okt. 94 E. 26 162), sowie btr. der Hinweisung gemäß StPO. § 264_1 (RG. IV 4. Feb. 90 E. 20 226).

10) In der Praxis des RG. ist in wesentlicher Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen eine fortgesetzte strafb. Hdlg.

I. angenommen, und zwar:

a. bei wiederholter Verletzung desselben Strafgesetzes, insbs. des:

§ 147 bei einmaligem Sichverschaffen von Geld und Inverkehrbringen durch Verausgabung von Teilbeträgen (I 4. Dez. 79 E. 1 25),

§ 175 bei wiederholter widernatürlicher Unz. mit demselben Knaben (I 10. Juni 80 E. 1 450),

§ 146^2 der GewerbeO. bei einer dem § 135 das. zuwiderlaufenden Beschäftigung eines Arbeiters während längerer Zeit (I 16. März 82 E. 6 111);

b. bei Verletzung mehrerer Strafgesetze, insbs. der:

§§ 223, 223a bei einer zunächst einfachen, dann gefährlichen Körperverletzg. eines Kindes (II 13. Mai 98 E. 31 150; vgl. übrigens N. 12a),

§§ 263 u. 268 bei einem durch schwere Urkfälschg. begangenen Betruge (III 3. Dez. 79 E. 1 111),

§ 263 u. NahrungsmittelG. § 10^1 bei einem mittels verfälschter Nahrungsmittel verübten Betruge (III 11. Dez. 84 E. 11 355),

Digitized by Google

§§ 267 u. 270 bei fälschlicher Anfertigung einer Urkunde und Gebrauchmachen von derselben verschiedenen Personen gegenüber (III 2. Feb. 81 E. 3 311);

II. verneint (vgl. N. 8) und zwar:

a. wegen Verschiedenheit des angegriffenen Rechtsgutes, insbs. bei Verletzung der:
§§ 92[1], 133—242, 332 (II, III 19. Dez. 87 E. 17 103),
§§ 113 u. 185 (III 28. Jan. 84 E. 10 53),
§§ 123 u. 240 (II 3. Okt. 82 E. 7 60),
§§ 246 u. 350 (IV 17. Dez. 97 G. 46 48),
sowie bei Beleidigung (§ 186) u. bei Mißhdlg. (§ 223) verschiedener Personen durch verschiedene Einzelakte, weil diese Delikte wider die Persönlichkeit gerichtet seien (RG. I 13. Okt. 83 N. 5 607, III 28. Jan. 84, IV 12. Feb. 95, II 13. Mai 98, E. 10 53, 27 19, 31 150);

b. trotz Vorliegens eines tatsächlichen Momentes, welches zwar unter der Voraussetzung der Einheit des angegriffenen Rechtsgutes zusammen mit anderen, nicht aber allein geeignet ist, die Annahme einer fortgesetzten Hdlg. zu rechtfertigen, namentl.:

α. trotz tatsächlichen Zusammenhanges, so insbs. bei Verletzungen des:
§ 242 durch in demselben Hause und in naher Aufeinanderfolge verübten Diebst. (III 15. Mai 80 N. 1 787);

β. trotz Einheit des Entschlusses wegen mangelnder Einheit des angegriffenen Rechtsguts (so die zu a. zitt. N. 5 607, E. 10 53, 17 103), bzw. weil damit die Selbständigkeit des auf die Ausführung gerichteten Vorsatzes (N. 8a) in jedem einzelnen Falle sehr wohl verträglich sei (III 21. Jan. 86 E. 13 285 btr. GewerbeO. §§ 115, 119);

γ. trotz Einheit der Absicht (bzw. des verfolgten Zweckes), so insbs. bei Verletzung des:
§ 253 trotz Identität des durch die Erpressg. erstrebten Vermögensvorteils (I 1. Juli 80 N. 2 148),
§ 123 u. § 223 trotz der alleinigen „Absicht, Streit zu erregen" (III 21. Mai 81 E. 4 187),
§ 263 u. § 268 trotz der alleinigen „Absicht, einen anderen nach Möglichkeit auszubeuteln" (I 2. Jan. 82 N. 4 6);

δ. trotzdem die eine Handlung nur zu dem Zwecke geschah, um die andere auszuführen, so insbs. die Begehung: einer passiven Bestechung aus § 332 zum Zwecke eines Landesverrats (§ 92[1]) (so das o. IIa zit. E. 17 103), eines Hausfriedensbr. (§ 123) zum Zwecke einer anderen strafb. Hdlg., wie einer Nötigung, eines Unzuchtsverbr., eines Diebst. (II 2. Okt. 82, IV 28. Apr., III 12. Okt. 99, E. 7 60, 32 137, 384), einer Urk.-fälschg. (§§ 267 f.) zum Zwecke einer Amtsunterschlagg. aus §§ 350, 246 (IV 14. Dez. 86 N. 8 762).

11) „Eine und dieselbe Hdlg." in dem N. 1 ff. erläuterten S. kann je nach Umständen Ein Strafgesetz oder mehrere Strafgesetze — bzw. ein Strafgesetz mehrmals — verletzen; vgl. wegen dieser Wendung Binding Hb. 1 155 u. Normen 1 5. Nach Auffassung des Gesetzgebers deckt die Verletzung Eines bzw. mehrerer Strafgesetze sich mit den Begriffen Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit. Es erhellt dies aus dem Gesetze selbst; denn dieses handelt im Abschn. 5, ausweislich dessen Überschrift, vom „Zusammentreffen mehrerer strafb. Hdlgen"; indem nun die Hauptfälle in den §§ 73 u. 74 einander gegenübergestellt werden, würde man dem Gesetzgeber Unrecht tun, wollte man annehmen, daß er zwar, wie nicht zweifelhaft sein kann, im § 74, nicht aber im § 73 eine Mehrheit strafb. Hdlgen im Auge gehabt habe.

Mag auch die Gleichstellung der Begriffe „Verletzung Eines Strafgesetzes" und „Verbrechenseinheit", ferner „Verletzung mehrerer Strafgesetze" und „Verbrechensmehrheit" innerlich nicht gerechtfertigt sein, so muß sie doch der Auslegung des Gesetzes zugrunde gelegt werden, da für diese die Auffassung des Gesetzgebers maßgebend ist. Demgemäß handelt es sich im folgenden immer nur darum, festzustellen, ob im Sinne des Strafgesetzbuchs (vgl. Finger 1 372 N. 477) Idealkonk. (N. 15 ff.) vorliege oder ob, unter Verneinung derselben, bloße Gesetzeskonk. anzunehmen sei.

Digitized by Google

Gesetzeskonkurrenz. N. 12—14.

12) Beherrscht auch im Falle der Verbrechenseinheit (N. 11) nur Ein Strafgesetz den Fall ausschließlich, so daß die Anwendung mehrerer Gesetze auf ihn unrichtig sein würde, so können doch dem Richter bei Beurteilung jener Hdlg. mehrere Gesetze zur Auswahl sich darbieten; insofern kann man von einer „Gesetzeskonkurrenz" sprechen (gegen diese Bezeichnung jedoch Bünger ZStrW. 8 865 f. u. Heinemann Idealkonk. S. 101 ff., weil in Wahrheit gar keine Konkurrenz stattfinde), bei der die Frage zu lösen ist, welches Gesetz unter den mehreren, denen die Tat scheinbar subsumiert werden kann, nach der maßgebenden Absicht des Gesetzgebers ausschließlich Anwendung zu finden hat. In den Fällen einer bloßen Gesetzeskonk. greift § 73 nicht Platz; denn seine Voraussetzung, daß „mehrere Strafgesetze verletzt" seien, liegt hier nicht vor und folgeweise auch nicht die Voraussetzung der Abschnittsüberschrift: „das Zusammentreffen mehrerer strafb. Hdlgen". So die GM., insbs. RG. III 15. Okt. 88 E. 18 193, die nur bezüglich der Fälle, welche als bloße „Gesetzeskonk." anzusehen seien, uneins ist (N. 15). Den Ausdruck „echte Gesetzeskonk." braucht Bünger aO. für Idealkonk.

Zur Lösung der Frage können die Rechtsregeln „lex posterior derogat priori" und „Reichsrecht geht vor Landesrecht" (EG. § 2 N. 3a, b) nicht herangezogen werden; denn bei der Gesetzeskonk. ist Voraussetzung, daß mehrere gültige Gesetze zur Auswahl stehen, während nach jenen Regeln ein Gesetz auf Grund eines anderen als nicht zu Recht bestehend anzusehen ist; aM. jedoch btr. des ersteren Satzes Geyer 1 186.

Zunächst liegt, worüber kein Zweifel besteht, Gesetzeskonk. da vor, wo der Grundsatz der l. 41 D. de poenis 48 19 „in omni jure species generi derogat" Platz greift. Das besondere Gesetz will gerade soweit zur Anwendung kommen, als sein Tatbestand mit dem des allg. Gesetzes sich deckt; im Gebiete des Strafrechts erfordert sonach der Gegensatz zwischen besonderem und allg. Rechte, daß „der Tatbestand des eine schärfere oder mildere oder andersartige Strafe androhenden Gesetzes sämtliche gesetzlich wesentlichen Merkmale des Tatbestandes der regelmäßigen Strafandrohung enthalte"; Binding Hb. 1 334, 357. Den Begriff der Gesetzeskonk. schränkt RG. IV 15. Okt. 86 E. 14 384 aber zu sehr ein, wenn nach ihm der Begriff der Gesetzeskonk. erfordern soll, daß „die mehreren Strafgesetze denselben Tatbestand aufstellten und sich nur dadurch unterschieden, daß das eine Gesetz eines oder mehrere der Tatbestandsmerkmale in engerer Begrenzung oder spezieller Gestaltung enthalte"; es ist das nur ein einzelner Fall der Gesetzeskonk.

Als ein spezielleres und deshalb ausschließendes Ges. erscheint insbs. gegenüber dem einfachen Tatbestande:

a. der qualifizierte oder privilegierte Tatbestand; so die GM., insbs. RG. I 30. Sept. 80, II 13. Mai 98, E. 2 279, 31 150, ersteres btr. §§ 350 f., letzteres btr. §§ 223, 223a; ferner für den Fall fortgesetzten Diebst., der teilweise unter straferhöh. Umst. begangen sei: IV 29. Nov. 98 E. 46 453 (es finde lediglich § 243 Anwendung, während die Strafbestimmung des § 242 ausgeschlossen erscheine); anders jedoch für denselben Fall: I 26. Apr. 88 R. 10 333, die Annahme ideeller Konk. der §§ 242 u. 243[3] sei nicht rechtsirrtümlich;

b. der durch Hinzutritt eines, nicht als straferhöh. oder strafvermind. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sich darstellenden, Momentes gebildete Tatbestand. Demgemäß ist mit Recht angenommen, daß § 179, als spezielleres Gesetz, weil eine gegen die Geschlechtsehre gerichtete Handlung mit Strafe bedrohend, den § 185 ausschließe (RG. IV 16. Apr. 89 E. 19 250).

13) Gesetzeskonk. liegt ferner vor bei Subsidiarität der Strafgesetze, d. h. wenn „zwei Strafgesetze, die teilweise dieselben oder aber zwei einander ergänzende Tatbestände bedrohen, nicht im Verhältnis von lex generalis und lex specialis stehen, und dennoch das eine stets nur Anwendung finden will, falls das andere nicht Anwendung findet"; Binding Hb. 1 355, H. Meyer S. 432. Diese Subsidiarität tritt in zwei Formen auf.

a) Das subsidiäre Strafges. will nur Anwendung finden, falls die Hdlg., die es

Digitized by Google

definiert, nicht nach Maßgabe eines anderen Strafges. einen höheren Strafanspruch erzeugt; hierher rechnet Binding aO. S. 356 N. 4 aus dem StGB. die §§ 49a, 207, 353a$_1$.

b) Das subsidiäre Strafges. will nur Anwendung finden, falls eine andere, als die von ihm definierte Hdlg. nicht nach strengerer Satzung einen weitergehenden Strafanspruch erzeugt; Binding aO. S. 355. Diese Form der Subsidiarität ist (von der Subsidiarität der Normen abgesehen), jedenfalls gegeben bei Subsidiarität der Verbrechensformen; aus diesem Grunde sind subsidiär:

1. alle gegen den Versuch (auch als delictum sui generis) oder gegen die Vorbereitung eines Verbr. gerichteten Strafges. den gegen das vollendete Verbr. sich richtenden, unter der Voraussetzung, daß die Tat überhaupt nicht unter straferhöh. Umst. verübt ist, oder daß Versuch und Vollendung oder doch letztere unter solchen Umst. begangen wurde; so die GM., insbs. RG. III 13. Jan. 87 E. 15 281; auch Binding Hb. I 547 N. 21; im übrigen vgl. u. N. 18a; ferner die Strafandrohung gegen die Vorbereitung gegenüber derjenigen gegen den Versuch; RG. III 7. Feb. 89 E. 19 13;

2. alle die Anstiftung und die Beihilfe betreffenden Strafandrohungen den gegen die Haupttat selbst gerichteten. So die GM., insbs. RG. II 26. Sept. 82, 13. Nov. 94, R. 4 715, E. 26 199, beide btr. Anstiftg. u. Mittätersch., III 5. Mai 84 E. 10 406 btr. Beih. u. Tätersch., IV 31. Mai 95 E. 27 273 (btr. Tätersch. u. Anstiftg. des Gehilfen). AM. jedoch RG. I 8. Juni 82, III 5. März 88, R. 4 545, E. 17 227, welche bei einer gewerbsmäßigen Straftat (§ 284) sowie bei einer fortgesetzten strafb. Hdlg. — also bei einheitlichen Hdlgen (N. 5d, 6) — Realkonk. (§ 74) von Beih. u. Mittätersch. als möglich annehmen. Das Gesagte gilt auch für den Fall der Mittäterschaft (§ 47) und hier insbs. auch dann, wenn die Beih. seitens des einen Mittäters dem anderen zu einem ideal konkurrierenden Delikt geleistet wurde, dessen der Beih. Leistende selbst als Täter sich nicht schuldig gemacht hat; denn auch dann ist die einem Mittäter geleistete Beih. zur Begehung der eigenen Tat geleistet u. geht rechtlich in dieser auf; RG. II 9. Dez. 02 E. 36 25 (gemeinschaftl. Unterschl. seitens zweier Ehegatten, bei dem einen in Idealkonk. mit § 266^2; Beih. hierzu seitens des andern).

Über das Zusammentreffen von Anstiftung u. Beihilfe s. u. N. 18b.

14) Gesetzeskonk. liegt endlich vor bei Konsumtion einer Strafdrohung durch die andere, d. h. „wenn ein Strafges. Tatbestand und Strafdrohung eines anderen teilweise in sich aufnimmt und dieses insoweit außer Anwendung stellt"; so Binding Hb. I 363 f., der hervorhebt, daß es besonders häufig die Tatbestände der Nötigg., Beleidigg., Tötung, Körperverletzg., Sachbeschädigg. sowie der Begünstigg. seien, welche dergestalt in anderen Tatbeständen wiederkehrten. Im allgemeinen ist hervorzuheben:

a) Die Konsumtion tritt namentl. ein, wenn eine an sich strafb. Hdlg. für den Tatbestand einer anderen verwertet ist, was nicht nur dann zutrifft, wenn jene zu den gesetzl. Merkmalen der letzteren gehört, sondern auch schon dann, wenn sie als das dem gewöhnlichen Hergange entsprechende Mittel vom Gesetze als regelmäßig vorhanden angenommen wird; so mit Recht RG. IV 29. Sept. 93 E. 24 269 (wodurch insoweit E. 15 12 modifiziert wird). Ist in einem solchen Falle die letztere nur auf Antrag (§ 61) verfolgbar, der Antrag aber nicht gestellt, so kann auch die von jener konsumierte strafb. Hdlg., falls diese an sich einen Strafantrag nicht erfordert, dennoch nicht verfolgt werden; es folgt dieses aus der Konsumtion, infolge deren der konsumierten strafb. Hdlg. eine selbständige strafrechtliche Bedeutung überhaupt nicht zukommt (N. 21a); so: RG. IV 16. Apr. 89 E. 19 250 (wenn aus § 179 wg. fehlenden Strafantrages der Ehefrau nicht gestraft werden könne, so entfalle auch eine Bestrafung aus § 185 trotz vorliegenden Strafantrages des Ehemannes; vgl. jedoch IV 2. Juni 93 E. 24 201), Rüd.-St. N. 11, Fuchs Anklage S. 82, Ruhstrat GS. 24 153, v. Bar G. 19 651, auch Köhler Strafantrag S. 118; aM. Merkel HH. 4 226. Entsprechendes gilt für den Fall des strafaufheb. Rücktritts vom Versuch; vgl. § 46 N. 3$_2$.

b) Ein Kollektivdelikt (N. 5d) konsumiert alle an sich strafbaren Einzelhandlungen, soweit diese bei der Aburteilung jenes prozessual überhaupt berücksichtigt werden

Digitized by Google

dürfen (N. 21d); so die GM., insbs. RG. III. 18. Juni, 13. Juli 81, II 23. Jan. 83, IV 4. Juli 93, N. 3 415, E. 4 390, 8 16, 24 243, III 17. Juni 89 G. 37 285, btr. gewerbsm. Jagdfrevel (§ 294), Wucher (§ 320d), Hehlerei (§ 260), u. bzw. gewohnheitsm. Kuppelei (§ 180); aM.: Schütze S. 463 N. 17 u. ZStrW. 3 57 ff., v. Lilienthal Kollektivdel. S. 61, Oppenh.-D. § 260 N. 6.

Verletzung mehrerer Strafgesetze; wiederholte Verletzung desselben Strafgesetzes; Idealkonkurrenz. N. 15—22.

15) Wie schon N. 11 hervorgehoben, hat das StGB. als das Merkmal der Verbrechensmehrheit die Verletzung mehrerer Strafgesetze (bzw. die wiederholte Verletzung desselben Strafgesetzes) angesehen. Indem nun § 73 die „Verletzung mehrerer Strafgesetze durch eine und dieselbe Handlung" zum Gegenstande hat, betrifft er speziell die sog. Idealkonkurrenz, im Gegensatz zu dem der sog. Realkonk. gewidmeten § 74. Das Erfordernis für § 73 ist sonach, daß der einheitlichen Hdlg. in dem N. 1 ff. erläuterten S. erst die Anwendung „mehrerer (§ 47 N. 1) Strafgesetze", welche in den begrifflichen Merkmalen des ihren Gegenstand bildenden Rechtes sich nicht decken, voll gerecht wird. So die GM., insbs. RG. I 3. Mai 80, III 11. Dez. 84, E. 2 42, 11 355 sowie ferner: Binding Hb. 1 571, Hälschner 1 657, H. Meyer S. 435, v. Wächter S. 291, Frank N. II, Ortmann G. 35 33. AM. zunächst v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 107 ff., der, alles Gewicht darauf legend, ob eine Hdlg. mehrere Kausalitäten enthalte (s. o. N. 2), dafür erachtet, daß auch im § 74 Idealkonk. nicht ausgeschlossen sei. Ferner v. Liszt S. 243 f. (und mit ihm wesentlich übereinstimmend Hiller GS. 32 234 u. Grünhut Zeitschr. 13 126 sowie Heinemann Idealkonk. S. 52 ff., 87), indem er daraus, daß das V. in erster Linie „Handlung" sei, folgert, daß Einer Hdlg., sei es im natürlichen oder, was dem gleichstehe, im juristischen S. notwendig immer nur Ein V. entsprechen könne; demgemäß nimmt er S. 224 an, daß es auch im Falle des § 73 nur um eine „Konkurrenz von Strafgesetzen" sich handele; weil die unvermeidliche Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung es mit sich bringe, daß in zahlreichen Fällen kein Gesetzesparagraph zu finden sei, welcher der Hdlg. nach allen ihren Seiten gerecht werde, so spreche § 73 die subsidiäre Aushilfsregel aus, daß das Strafges. anzuwenden sei, welches durch die Spannweite seiner Strafrahmen die volle Würdigung der Hdlg. wenigstens annäherungsweise gestatte; vgl. auch Schütze ZStrW. 3 71 ff. Endlich hat Binding Hb. 1 349 ff., obschon er das. S. 579 N. 29 sowohl gegen v. Buri wie auch gegen v. Liszt Stellung nimmt, eine große Reihe von Fällen, die bisher als solche der Idealkonk. angesehen wurden, als solche einer Gesetzeskonk. charakterisiert; in den Fällen der sog. Alternativität der Strafgesetze (vgl. auch Normen 1 203 N. 6), die vorliege, wenn vom Gesetzgeber „genau eine und dieselbe widerrechtliche Hdlg. unter mehreren kriminellen Gesichtspunkten gesehen und somit zum Tatbestand mehrerer Regelrechtssätze gemacht werde", soll es sich nur um „ein Verbr. bei Konkurrenz mehrerer Strafgesetze" handeln; selten liege das Verhältnis der Alternativität in der Art vor, daß zweimal genau derselbe Tatbestand in verschiedenen Gesetzen unter Strafe gestellt werde (vgl. jedoch § 298 mit § 93 der SeemannsO.), häufiger aber so, daß zwei Tatbestände wie zwei einander schneidende Kreise sich verhielten; für den beiden Kreisen zugleich angehörigen Tatbestand existierten alsdann mehrere Strafgesetze, wovon aber stets nur eines zur Anwendung kommen solle, und zwar, bei Verschiedenheit der Strafen, das im konkreten Falle für den Angeklagten ungünstigste Strafgesetz, was zur Folge habe, daß der Richter bald das eine, bald das andere Gesetz, und zwar stets das härtere, seinem Urteile zugrunde zu legen habe. Nicht mit Unrecht bezeichnet Finger 1 377 die Alternativität der Gesetze als das Ergebnis eines Fehlers der Gesetzgebung.

16) Während § 73 ausdrücklich nur den Fall der sog. ungleichartigen Idealkonk. betrifft, ist derjenige der gleichartigen Idealkonk., d. h. der wiederholten Verletzung desselben Strafgesetzes durch eine und dieselbe Handlung, nach Analogie der Vorschrift des § 73 zu entscheiden; da derartige Fälle entweder i. S. des § 73 oder des § 74 zur Entscheidung gebracht werden müssen, so führt die gleichmäßige Voraussetzung des Vorliegens „einer und derselben Hdlg." zur analogen Anwendung des § 73 (vgl. § 2 N. 4). So: RG. I 1. Juli 80 E. 2 255, Berlin 7. Okt. 74 St. 4 323, Berner S. 300,

Digitized by Google

Binding Hb. 1 221, 578, Geyer 1 188 u. HWl. „Konkurrenz", Hälschner 1 683, Merkel S. 268 u. HH. 2 581, 4 84, 227 ff., H. Meyer S. 438, v. Wächter S. 291, Frank N. III 3, Hiller GS. 32 207, Habermaas Idealkonk. S. 79, Bünger ZStrW. 8 716; vgl. auch Rüd.-St. N. 5, es habe § 73 über diesen Fall keine Bestimmung geben wollen. AM.: v. Liszt S. 243 N. 1, Ziebarth Forstr. S. 359, Rubo N. 9, Ortloff G. 32 425 u. ThürBl. 42 202 ff., Heinemann Idealkonk. S. 89, nach denen hier von Idealkonk. gar keine Rede soll sein können, so daß es nur um Strafzumessung sich handele, ferner Schütze S. 198 N. 5 u. ZStrW. 3 60 sowie v. Schwarze GS. 34 589, nach denen lediglich die Lage des Falles entscheiden soll, ob Absorption oder Kumulation stattfinde, endlich v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 108, der § 74 anwendet.

17) Idealkonk. ist nicht nur unter vorsätzlichen, sondern auch unter fahrlässigen sowie unter vorsätzlichen und fahrlässigen Delikten denkbar, mögen sie in Hdlgen oder Unterlassungen (§ 1 N. 3) bestehen; Binding Hb. 1 580, Hälschner 1 673, H. Meyer S. 437, Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 37. In der Praxis des RG. ist insbs. angenommen Idealkonk. bei fahrlässiger Tötung (§ 222) mehrerer Personen durch eine und dieselbe Hdlg.; I 1. Juli 80 E. 2 255 (vgl. auch II 1. Nov. 87 E. 16 290);

bei Verabsäumung verschiedener preßpolizeil. Formvorschriften (PreßG. §§ 6 u. 7) durch Ausgabe einer Nummer einer periodischen Druckschrift; II 20. Juni 82 E. 6 366.

Wenn aber eine Hdlg., sowohl als vorsätzliche wie als fahrlässige strafbar ist, wie z. B. Körperverletzg. u. Brandstiftg., so kann ein und derselbe Akt, z. B. ein eine Mißhdlg. darstellender Stoß, nicht in Idealkonk. als vorsätzliche und als fahrlässige Verletzung des Gesetzes angesehen werden; vielmehr können etwaige nicht gewollte Folgen des an sich vorsätzlichen Tuns nur als Strafzumessungsgründe bei Bestrafung der vorsätzlichen Straftat Berücksichtigung finden, sofern nicht das Gesetz diese Folgen als straferhöh. Umst. vorsieht; RG. II 27. Mai 87 E. 16 129 btr. der §§ 223 u. 230, unter Hinweis auf §§ 224, 226.

18a) Idealkonk. ist denkbar zwischen versuchtem u. vollendetem Delikt, mag auch insbs. für den Versuch nur Eventualdolus nachgewiesen sein (§ 43 N. 5 d); RG. II, III 22. Dez. 84 E. 12 64 btr. Idealkonk. der §§ 306[3], 311 mit §§ 211, 43.

Darüber, wann beim Zusammentreffen von Versuch mit vollendeter Tat (N. 4a) bloße Gesetzeskonk. vorliegt, vgl. N. 13b 1; mit Recht nimmt aber das dort zit. RG. E. 15 281 beim Vers. eines schweren und Vollendung eines einfachen Diebst., begangen durch eine Hdlg., Idealkonk. an; aM.: Binding Hb. 1 547, Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 71; bedenklich ist Frank N. VII 2b.

b) Beim Zusammentreffen von Teilnahmehdlgen (Anstiftg., Beih.) mit der Haupttat (N. 4b) liegt Gesetzeskonk. vor; N. 13b 2. Anstiftung mehrerer Personen bzw. Beihilfe, die solchen geleistet wird, ist — wenn auch durch verschiedene Akte begangen — dennoch nur eine Handlung, falls sie sich auf eine einheitliche Haupttat der mehreren Personen bezieht; vgl. Finger 1 351. Dagegen können Anstiftung (§ 48) und Beihilfe (§ 49), auch wenn sie auf dieselbe Haupttat sich beziehen, in Idealkonk. miteinander treten; man kann nicht sagen, daß beim Zusammentreffen beider Verbrechensformen die Anstiftg., als die schwerere, der ganzen Tat gerecht werde; die Beihilfehdlgen würden durch die Anwendung des § 48 allein nicht mitgetroffen werden, vielmehr erscheinen beide Strafgesetze (§ 48 u. § 49) verletzt. So RG. II 20. Apr. 86, IV 22. Nov. 87, R. 8 303, 9 631. AM.: RG. III 1. Mai 80, 5. März 88, E. 2 145, 17 227, Binding Hb. 1 361, Finger 1 378, Hälschner 1 659, Frank N. VII 2bγ, Kohler Studien 1 117, die annehmen, daß Beih. der Anstiftg. subsidiär sei (N. 13b 2) u. somit Gesetzeskonk. vorliege; ferner für den Fall des Zusammentreffens von Anstiftg. zu einem Verbr. mit Anstiftg. eines anderen zur Beih. zu demselben Verbr.; RG. I 4. Okt. 00 E. 33 401, v. Liszt S. 244. Daß aber verschiedene Teilnahmehdlgen an derselben Haupttat miteinander in Realkonk. (§ 74) treten können, ist ihrer akzessorischen Natur wegen zu verneinen, mag auch insbs. bei der Anstiftg. (§ 48) zur Haupttat der Vorsatz des Anstifters noch nicht auf Leistung von Beihilfe (§ 49) gerichtet gewesen sein, oder mag der Gehilfe bei einer Unterstützungshdlg. weitere solche noch nicht in Aussicht genommen haben; so: zit. RG. E. 2 145

Digitized by Google

(btr. Anstiftg. u. Beih.), III 7. Juli 84 E. 11 37 (btr. verschiedene Beihilfehdlgen). Das muß auch für den Fall gelten, daß es um Teilnahme an einer fortgesetzten Straftat (N. 6) sich handelt; deren kriminalistische Einheit (N. 9) kann hier nicht zum Nachteil der Teilnehmer außer acht gelassen werden u. die akzessorische Natur der Teilnahme muß auch hier durchschlagen; aM.: RG. zit. E. 17 227, III 17. Nov. 92, IV 13. Nov. 00, E. 23 300, 34 5, weil die lediglich juristische Fiktion fortgesetzter Verg. wegen des Erfordernisses der Einheitlichkeit des Vorsatzes ausschließlich mit der Person des Haupttäters zusammenhänge, während die Frage, ob jemand als Teilnehmer o. Begünstiger (§ 257) anzusehen sei, ausschließlich von seinem Verhältnis zu derj. Einzelhdlg. aus gewürdigt werden könne, an der er sich beteiligt habe. Nur das ist zuzugeben, daß eine Straftat mit Bezug auf Mittäter für den einen durchweg als fortgesetztes Verg., für den anderen aber als wiederholtes Verg. (§ 74) — sei es auch in teilweiser Fortsetzg. — angesehen werden kann, weil der Vorsatz des Täters als subjektives Moment überhaupt entscheidend ist, ob eine fortgesetzte o. ob mehrere selbständige Hdlgen vorliegen.

19) Bei einer aus einem einzigen Akte bestehenden Willensbetätigung (N. 2) kann, da sie stets nur „eine und dieselbe Handlung" darstellt, zwar Ideal-, niemals aber Realkonk. (§ 74) vorliegen.

I. Dementsprechend ist in der Praxis des RG. angenommen:

a. gleichartige Idealkonk. (abgesehen von den in N. 17 bemerkten Fällen):

bei Beleidgg. mehrerer Personen (§§ 185 ff.); I 14. Juli 81, IV 2. März 86, N. 3 485, 8 149;

b. ungleichartige Idealkonk.:

bei wissentlich falscher Anschuldgg. (§ 164) u. verleumd. Beleidgg. (§ 187; vgl. das. N. 7); IV 1. Nov. 95 G. 43 39;

bei Unzuchtsverbr., insbs. aus §§ 176[1], 177 mit tätlicher Beleidgg. aus § 185; IV 2. Juni 93 E. 24 201;

bei Körperverletzg. (§ 223) u. strafb. Eigennutz (§ 289); II 12. März 86 E. 13 399;

bei Unterschlagg. (§ 246) u. Untr. (§ 266); I 26. Jan. 80 N. 1 273.

II. Abweichend ist Realkonk. (§ 74) angenommen, trotzdem die Hdlg. nur aus Einem Akte bestand:

a. bei Anstiftung u. Beihilfe (§§ 48, 49) zu mehreren selbständigen strafb. Hdlgen, sei es einer oder mehrerer Personen, wegen der akzessorischen Natur jener; so: RG. II 9. Dez. 81, 30. März 83, III 9. Apr. 81, I 3. Nov. 81, E. 5 227, 8 153, 4 95, N. 3 684, Merkel S. 147 (vgl. jedoch HH. 4 227), Oppenh.-D. § 48 N. 12, Borchert Teiln. S. 51, Birkmeyer Teiln. S. 180; aM. aber mit Recht: v. Liszt S. 232, Frank N. III 3a u. ZStrW. 14 372, Kohler Studien 1 116, Bünger ZStrW. 8 712 ff., Höpfner Einh. u. Mehrh. 1 197;

b. bei Verletzung mehrerer Personen, insbs. bei Beleidgg. (§ 185) durch eine, hinsichtlich der Personen nicht unterscheidende Äußerung (Dresden 9. Juni 73, München 17. März, 14. Mai 77, St. 3 101, 7 78, 284), o. beim Morde (§ 211) durch einmalige Vergiftung einer Speise (München 16. März 77 St. 7 26), o. beim Betruge (§ 263) durch gleichzeitige an Einen Gläubiger erfolgende Hingabe mehrerer Wechsel an Zahlungsstatt (Berlin 27. Feb. 79 G. 27 203);

c. bei den mittels Schrift o. Druck begangenen Delikten für den Fall, daß die Vollendung der mehreren in dem Schriftstück bzw. der Druckschrift enthaltenen Delikte durch den einheitlichen Akt der Übersendung bzw. Veröffentlichung erfolgt; anders nur, wenn die Absendung als Ausführungshdlg. nicht in Betracht kommt, sondern ausnahmsweise schon das Niederschreiben die verbr. Tätigkeit bildet (so Höpfner Einh. u. Mehrh. 1 203 f.). Ist es auch zulässig, Realkonk. anzunehmen, wenn die mehreren strafb. Hdlgen begangen werden durch Verlautbarung zu einem Protokoll oder durch eine, obschon in unmittelbarem Zusammenhange, sich fortsetzende, aber doch hinsichtlich der Personen unterscheidende mündliche Äußerung, weil hier verschiedene „Einzelakte" vorliegen, desgl. ferner, wenn durch Übersendung des Schriftstückes an Eine Person zwar Ein V., z. B. die Beleidgg. des Empfängers, vollendet wird, nicht aber ein damit konkurrierendes

Digitized by Google

anderes B., z. B. die Nötigg. (§ 240) eines Dritten, die vielmehr erst durch die dem Willen des Absenders entsprechende Weitergabe des Schriftstückes seitens des Empfängers an den Dritten konsumiert wird, so ist es doch — falls jene Voraussetzung nicht zutrifft — in Übereinstimmung mit Binding Hb. 1 581, Merkel HH. 4 227, Frank N. III 3b u. ZStrW. 14 427, Oppenh.-D. § 74 N. 14, Klöppel APreßr. S. 323 für unrichtig zu erachten:

a. daß, wenn ein Schriftstück verschiedene strafb. Äußerungen enthält, das Vorhandensein mehrerer selbständiger strafb. Hdlgen i. S. des § 74 durch den Umstand, daß die Äußerungen in der nämlichen, auf einmal abgesandten Schrift enthalten sind, nicht mit rechtl. Notwendigkeit ausgeschlossen werde; so jedoch wörtlich Berlin Pl. 11. Juni 77 E. 25 489 und damit übereinstimmend:

btr. wissentl. falsche Anschuldgg. mehrerer Personen (§ 164); München 13. Juni 74 St. 4 133;

btr. Beleidgg. mehrerer Personen bzw. wiederholte Beleidgg. derselben Person (§§ 185 ff.); Berlin 11. Juni 77 St. 7 259, 31. Okt. 72 O. 13 576;

btr. wissentl. falsche Anschuldgg. u. Beleidgg. (§§ 164, 185) derselben Person; Berlin 11. Juli 73 O. 14 500;

btr. Beleidgg. u. Herausforderung derselben Person z. Zweikpf. (§§ 185, 201); RG. II 13. Jan. 82 R. 4 46;

β. daß, wenn in verschiedenen Stellen einer auf einmal durch die Presse veröffentlichten Schrift gegen verschiedene Strafgesetze verstoßen ist, je nach der konkreten Sachlage die Grundsätze der Ideal- oder diejenigen der Realkonk. Anwendung fänden; so jedoch allg. RG. IV 20. Apr. 86 R. 8 305, die gegenteilige (auch diesseits vertretene) Ansicht beruhe auf einer Verwechselung der Einheitlichkeit des strafb. Erfolges und der Hdlg.; der auf Verübung mehrerer Straftaten gerichtete Wille, wenngleich er schließlich durch einen einheitlichen Akt zur Vollendung gelange, könnte sich doch schon vorher in voneinander getrennten selbständigen, bereits als Ausführung sich darstellenden, Hdlgen betätigt haben (vgl. aber das u. N. 21a zit. RG. E. 2 337). Damit ferner übereinstimmend:

btr. Beleidggen (§§ 185 ff.) mehrerer Personen durch mehrere selbständige Hdlgen mittels eines Zeitungsartikels bzw. einer Druckschrift; RG. III 9. Feb., 16. März 71, R. 3 26, E. 3 433, I 5. Jan. 91, II 2. Jan. 00, E. 21 276, 33 46; ferner II 12. Feb. 01 E. 34 134 (obschon i. c. Realkonk. verneinend, weil es um eine in einer Tätigkeit abgefaßte, nach äußerer Erscheinung und Identität des Zieles der beleidigenden Äußerungen einheitliche briefliche Mitteilung sich gehandelt habe), auch RMG. II 14. März 03 E. 4 261.

Anders liegt die Sache bei Preßerzeugnissen nur dann, wenn von verschiedenen Verbreitungszentren aus selbständige Verbreitungen stattgefunden haben; hier ist Realkonk. anzunehmen; aber die Tatsache allein, daß die Versendung einer Druckschrift an verschiedene Empfänger bzw. ihre Verbreitung an verschiedenen Orten stattgefunden hat, berechtigt noch nicht zur Annahme ebensovieler Straftaten; so: RG. III 23. Dez. 81 E. 5 314, II 10. Jan., III 29. März 82, R. 4 29, 287, H. Meyer S. 444 N. 11, v. Liszt S. 247 N. 1 u. Gutachten f. d. DJT. u. Resolution des letzteren, Vhdlg. d. 15. DJT. 1 71, 2 350, Stenglein GS. 35 24 ff.; aM.: Binding Hb. 1 585, eine Mehrheit von fora delicti commissi bedeute nicht Realkonk. mehrerer Verbr., Schütze ZStrW. 3 70, eine solche „diszentrische Bewegung" vermöge ebensowenig eine „mehrtätige Konk." hervorzurufen wie die Zahl der Exemplare einer Druckschrift oder wie eine „konzentrische Bewegung", z. B. bei Anzündung eines Waldes an verschiedenen Stellen.

20) Die Identität der Handlung, d. h. die Einheit des natürlichen Tuns und Lassens, der körperlichen Tätigkeit und des leitenden Willens, beschränkt sich nicht auf den in N. 19 behandelten Fall, vielmehr stellt häufig auch eine Reihe von Willensbetätigungsakten als eine, die Voraussetzung der Idealkonk. bildende, Handlungseinheit sich dar, und zwar keineswegs bloß in den Fällen der sog. gesetzlichen Einheit (N. 21). Liegt eine derartige, über einen gewissen Zeitraum sich erstreckende Handlungseinheit vor, so ist gleichgültig, ob bei ihrer Subsumtion unter die verschiedenen verletzten Strafgesetze sich ergibt, daß die juristische Vollendung des einen Delikts zeitlich früher verwirklicht wurde,

Digitized by Google

als die des anderen; RG. III 3. Dez. 79, 12. Okt. 99, IV 23. Feb. 94, 11. Jan. 98, 28. Apr. 99, E. 1 111, 32 384, 25 147, 30 396, 32 137.

21) Aus dem Begriffe der sog. gesetzlichen Einheit (N. 5) ergibt sich:

a) Das Vorliegen mehrerer Qualifikationsgründe bei derselben strafb. Hdlg. (N. 5a) kann niemals Realkonk. begründen; darüber besteht völlige Einigkeit. In der positiven Auffassung herrschen jedoch Meinungsverschiedenheiten. Dem diesseitigen Standpunkte (N. 11, 15) entspricht die Ansicht von Merkel S. 271 u. HH. 4 229, wonach in Fällen der bezeichneten Art nicht Delikte, sondern Erschwerungsgründe bzw. Gesetze konkurrierten, wobei aber ein Unterschied von der reinen Gesetzeskonk. darin liege, daß keines der zusammentreffenden Gesetze mit seinen Merkmalen die Tat vollständig umspanne, daß ferner diese Fälle, trotzdem eine wirkliche Verbrechenskonk. offenbar nicht vorhanden sei, dennoch unter § 73 zu ziehen seien. Es werden eben nach der Ausdrucksweise des Gesetzes „mehrere Strafges. verletzt"; deshalb ist nach Maßgabe des positiven Gesetzes Verbrechensmehrheit vorhanden und zwar, bei der Einheit der Hdlg., in der im § 73 vorgesehenen Form der Idealkonk. Die GM. nimmt hier jedoch bloße Gesetzeskonk. an; so insbs. RG. III 29. Sept. 80 E. 2 337 (Hdlgen, welche gegen KO. § 239 Nr. 1 und Nr. 2 verstießen, ständen nicht in Idealkonk., da sie Bestandteile Eines Tatbestandes seien, welche in mehreren zeitlich getrennten Tätigkeitsakten zur Erscheinung gekommen seien); ferner z. B.: Binding Hb. 1 353, 527 N. 9, Grundr. S. 130 u. Normen 2 511 f., 586, v. Wächter S. 298, Hiller GS. 32 225, Ortmann G. 35 26, jetzt auch Frank N. VII 1a. Dem gleich liegen diejenigen Fälle, in denen das Gesetz das btr. Gattungsdelikt in seiner einfachen Form, wie die Kuppelei, garnicht unter Strafe gestellt hat, wohl aber verschiedene Qualifikationen desselben; vgl. §§ 180 N. 15b, 181 N. 7.

b) Bei denjenigen aus KO. §§ 239 ff. strafb. Hdlgen, welche gleichmäßig dieselbe Konkurseröffnung o. Zahlungseinstellung zur Voraussetzung haben, kann Realkonk. niemals vorliegen, dagegen können, wie auch die GM. annimmt, betrügl. u. einf. Bankerutt (§§ 239, 240) miteinander in Idealkonk. treten, soweit nicht KO. § 239a, 4 den Tatbestand des § 240a lediglich qualifiziert (N. 12a); Binding Hb. 1 362 N. 17. Demnach ist in der Praxis des RG. Realkonk. für ausgeschlossen erachtet:

α. bei den Fällen des betrügl. Bankerutts; zit. E. 2 337;

β. bei den Fällen eines einf. Bankerutts; III 15. Nov. 79, 5. Juni, II 20. Apr. 80, E. 1 101, R. 2 32, 1 627;

γ. bei Fällen des betrügl. u. des einf. Bankerutts untereinander; II 22. Juni 80, 17. März 82, E. 2 198, 6 94, III 22. Jan. 83 R. 5 52;

δ. bei mehrfacher Begünstigg. von Gläubigern (KO. § 241); III 5. Feb. 83, 20. Okt. 84, IV 18. Sept. 85, R. 5 86, 6 640, 7 517, bzw. bei Zusammentreffen der Gläubigerbegünstigg. mit betrügl. o. mit einf. Bankerutt; zit. R. 5 86, IV 17. Okt. 84, II 16. Juni 85, R. 6 633, 7 399;

ε. bei dem Verbrechen aus KO. § 242; III 3. Nov. 80 R. 2 437.

c) Bei Dauerdelikten (N. 5c) kann eine Idealkonk. namentl. auch dann stattfinden, wenn sie ihre juriſt. Vollendung bereits früher erlangt haben, als das konkurrierende Delikt; RG. IV 23. Feb. 94 E. 25 147 (Idealkonk. zwischen § 239 [das. N. 12] u. § 223).

d) Bei Kollektivdelikten (N. 5d) gleicher Art ist, soweit sie zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden konnten, die Annahme einer Realkonk. ausgeschlossen, und können erst nach Fällung (wennschon vor Rechtskraft) des maßgebenden Urteils erfolgte Wiederholungen eine neue selbständige Straftat begründen; RG. II 25. Nov. 81 R. 3 739. Demgemäß ist mit Recht das Vorliegen einer Realkonk. gewerbsm. Jagdverg. (§ 294) verneint worden von RG. III 18. Juni 81 R. 3 415 u. II 23. Jan. 83 E. 8 16, während das von v. Lilienthal, Kollektivdel. S. 59, verteidigte Berlin 23. Apr. 75 O. 16 307 völlig unrichtig Realkonk. zweier Verbr. der gewerbsm. Hehlerei annahm; vgl. gegen diese Auffassung noch: Binding Hb. 1 551 N. 13, Merkel HH. 3 749, 4 431, Billnow Raub S. 103, v. Buri GS. 29 56, Waldhausen G. 29 410. Unzulässig erscheint es aber auch, Realkonk. zwischen gewohnheitsm. Kuppelei aus § 180 und einem o. mehreren, mit jener zeitlich zu-

Digitized by Google

ſammentreffenden, Fällen der ſchweren Kuppelei aus § 181 anzunehmen; es kann hier vielmehr nur Idealkonk. angenommen werden, da letztere mit den nicht beſonders qualifizierten Fällen der Kuppelei die geſetzliche Einheit des Gewohnheitsverbr. bildet, folglich nur eine u. dieſelbe Hdlg. vorliegt; aM. RG. III 1. März 82 E. 6 132 (vgl. § 181 N. 7), das im übrigen mit Recht Realkonk. gewohnheitsm. K. verneint.

22) Wenn auch die Fragen nach dem Vorliegen einer fortgeſetzten Handlung (N. 6 ff.) und nach dem Vorliegen einer Idealkonk. an ſich durchaus verſchiedene ſind, die deshalb auch nach verſchiedenen Geſichtspunkten zu beantworten ſind (RG. II 28. Apr. 99 E. 32 137), indem namentl. die Verletzung desſelben Rechtsgutes zwar dort, aber nicht hier von Bedeutung iſt, ſo liegt es doch in der Natur der Sache, daß im Falle der Annahme einer fortgeſetzten Hdlg. entweder dasſelbe Strafgeſetz mehrmals oder daß verſchiedene Strafgeſetze verletzt ſein müſſen, d. h. daß nach der Sachlage entweder gleichartige oder ungleichartige Idealkonk. anzunehmen iſt. Inſofern kann man namentl. auch ſagen, daß die Gleichheit des Endzweckes bei Vornahme verſchiedener ſtrafb. Handlungen, wie ſie nicht die Annahme einer fortgeſetzten ſtrafb. Hdlg. rechtfertigt (N. 10 IIb δ), ſo auch nicht die „einer und derſelben" Hdlg.; vgl. insbſ. das zit. RG. E. 32 137; ſo: RG. III. 10. Dez. 87 N. 9 716 (bei Begehung von Körperverletzg. mit tötl. Erfolge [§ 226] u. Schlägerei [§ 227$_1$] in Fortſetzung durch dieſelbe Perſon rechtfertige ſich die Beurteilung beider als ſtrafr. Einheit i. S. der Idealkonk.), München 24. Aug. 74 St. 4 130 (btr. wiſſentl. falſchen Anſchuldgg. aus § 164 u. Meineid aus § 154). AM. namentl. Binding Hb. 1 546, 578 insbſ. N. 27, ferner Rüd.-St. N. 5, der Begriff des fortgeſetzten V. könne unter § 73 niemals ſubſumiert werden.

Anwendung des Strafgeſetzes. N. 23—35.

23) Bei vorliegender Idealkonk. (N. 15—22) „kommt nur dasjenige Geſetz, welches die ſchwerſte Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Geſetz, welches die ſchwerſte Strafart androht, zur Anwendung". Nach den Motiven ſollte damit lediglich der Satz des gemeinen Rechts, daß „bei der idealen Konk. nur auf die Strafe des ſchweren V. zu erkennen ſei", anerkannt werden. Wenn demnach in dem dispoſitiven Teile des § 73 nur die Aufſtellung des Aufzehrungs- o. Abſorptionsprinzips (RG. I 3. März 81, 5. Jan. 82, E. 3 390, 5 420), über deſſen wahre Bedeutung jedoch N. 34$_2$ zu vergleichen, gefunden werden kann, ſo erſtreckte ſich die Wirkung des § 73 jedenfalls nur auf die Bemeſſung der Strafe bei vorliegender Idealkonk., nicht aber ſollte weitergehend das minder ſchwere Delikt bei der Aburteilung überhaupt ausgeſchieden werden.

Bei Gleichheit der Strafandrohungen in den verſchiedenen in Betracht kommenden Geſetzen iſt es gleichgültig, welches Geſetz für die Strafzumeſſung angegeben wird; § 2 N. 11$_1$.

Über eine Ausnahme des Prinzips des § 73 vgl. § 327 N. 10b.

24) Aus dem in N. 23$_1$ Bemerkten ergeben ſich wichtige Folgerungen:

a) Wenn das ſchwerere der ideal konk. V. aus irgend einem Grunde, namentl. wegen Strafloſigkeit des Verſuchs (N. 18a u. § 43 N. 31) oder wegen fehlenden Strafantrages (N. 36a), bei der Aburteilung nicht berückſichtigt werden darf, ſo iſt dadurch die Beſtrafung wegen des leichteren V. nicht gehindert; die Statthaftigkeit der Strafverfolgung des ideal konk. Deliktes iſt die ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung des § 73, der nur Anwendung findet, wenn mehrere ideal konk. Delikte der Aburteilung unterſtehen. So die GM., insbſ.: RG. II 30. Nov. 88, 15. Juni 00, E. 18 273, 33 339 (beide btr. Konk. mit einem Antragsverg.), ſowie die Praxis der früheren oberſten Landesſtrafgerichte. AM.: Hälſchner 1 685, Goltdammer G. 19 309, zum Teil Lehmann daſ. S. 739; Merkel HH. 4 230 erachtet dafür, daß man zu jenem Reſultate „nicht ohne Gewaltſamkeit" gelange, während Habermaas, Idealkonk. S. 46, de lege lata keinen Ausweg weiß. Anders aber, wenn gemäß §§ 199, 233 lediglich Straffreiheit ausgeſprochen wird; hier iſt die Tat durch Aufrechnung für abgegolten zu erachten; wg. einer ideal konk. Übertr. (z. B. bei Konk. von § 366^7 mit § 223) kann deshalb keine beſondere Strafe verhängt werden.

Digitized by Google

b) Wegen aller ideal konkurrierenden V., deren gesetzliche Merkmale festgestellt sind, muß auch eine Schuldigerklärung und Verurteilung erfolgen; obschon die Schuldigerklärung wegen der leichteren V. die Festsetzung einer Strafe für diese nicht zur Folge hat, so kann sie doch namentl. für die Frage eines demnächstigen Rückfalles von Bedeutung werden. So: RG. II 17. Mai 81, III 15. Okt. 88, E. 4 179, 18 193, Binding Grundr. S. 242, H. Meyer S. 442, Oppenh.-D. N. 13, Rüd.-St. N. 18, Haager GS. 27 101, Fuchs Anklage S. 85 u. G. 29 433, Bischoff G. 29 140, Ortmann G. 35 34. AM.: Hälschner 1 688, v. Liszt S. 244 f., Merkel HH. 4 229, v. Schwarze N. 7, v. Buri GS. 35 522 u. Einh. u. Mehrh. S. 110, Schütze ZStrW. 3 72, Heinemann Idealkonk. S. 95. Eine Mittelmeinung vertritt Geyer 1 189 dahin, daß, trotz der gebotenen (o. wenigstens zulässigen) Verurteilung wegen aller Delikte, dennoch das leichtere Delikt später die Annahme eines Rückfalles nicht begründen könne, weil der „Rückfall eine frühere Bestrafung voraussetze"; ähnlich Habermaas Idealkonk. S. 28.

Die Verurteilung wegen sämtlicher Delikte (etwa unter Gebrauch der Formel „schuldig der Bestechg. und zugleich der Aufforderg. z. Begehg. eines Verbr."; RG. I 3. März 81 E. 3 390) ist im verfügenden Teile des Urteils auszusprechen; RG. II 8. März 95 E. 27 86 (unter Aufgabe der in dem zit. E. 4 179 vertretenen abweichenden Ansicht).

25) Bei der Idealkonk. soll dasjenige Gesetz zur Anwendung kommen, das die schwerste Strafe bzw. Strafart „androht"; die Strafandrohung in thesi ist demnach entscheidend (vgl. §§ 111_2, 257_1), nicht aber die in concreto verwirkte schwerste Strafe; RG. IV 22. Okt. 97 E. 30 284; demnach bildet die im § 2_2 (vgl. §§ 207, 233, 346, 353a) vorgeschriebene „Anwendung des mildesten Gesetzes" kein Gegenstück zum § 73, da dort dasjenige Gesetz angewendet werden soll, nach welchem der konkrete Fall die mildeste Verurteilung erfährt (§ 2 N. 17 ff.). So: RG. I 5. Jan. 82 E. 5 420, Hälschner 1 683 N. 2, jetzt auch Oppenh.-D. N. 14, während Rüd.-St. N. 12 auf § 2 verweist; vgl. auch das u. N. 29 II aβ zit. RG. E. 3 390, welches die Entscheidung über das schwerere Gesetz „nach dem konkreten Sachverhalt" trifft. Thomsen Versuch S. 85 N. 19 steht an sich auf dem richtigen Standpunkt, dehnt aber das Prinzip unzulässig dahin aus, daß er, soweit ein Versuch in Frage kommt, nicht einmal die gg. den Versuch gerichtete, gemilderte Strafandrohung berücksichtigen will; das aber muß notwendig geschehen; RG. I 5. Nov. 98 G. 46 441 (beim Zusammentreffen von Mordversuch — §§ 211, 43 — u. Raub mit Marterung sei die Strafe aus § 251 zu bestimmen).

26) Welches das schwerste Gesetz in dem N. 23 erläuterten S. sei, entscheidet sich zunächst nach der Strafart; denn „bei ungleichen Strafarten" kommt das „die schwerste Strafart androhende" Gesetz zur Anwendung. Bei dieser Ausdrucksweise („die schwerste Strafart") kann es nicht zweifelhaft sein, daß nur die schwerste Strafart der angedrohten Hauptstrafen (T. I Abschn. 1 N. 3a) entscheidend sein soll.

Sind ungleiche Hauptstrafen wahlweise angedroht, so entscheidet die schwerere Strafart, da nach der Androhung dieser das in thesi schwerere Strafgesetz sich bestimmt.

Da hiernach der „Verweis" ausscheidet, weil er stets als mildere Strafart neben einer schwereren erscheint, so stufen die in Betracht kommenden Hauptstr. nach T. I Abschn. 1 N. 6 folgendermaßen sich ab: Todesstr., Zuchth., Gefängnis, Festungsh., Haft, Geldstr.; so auch RG. I 10. Nov. 87 E. 16 301, sowie hinsichtl. des Punktes, daß eine Geldstr. immer eine mildere Strafe ist, als eine prinzipale Freiheitsstr., RG. II 2. Nov. 88 E. 18 174 u. speziell btr. des Verhältnisses der Geldstr. zur Gefängnisstr. RG. II 5. Mai 85 N. 7 276.

27) Aus dem in N. 26 Bemerkten ergeben sich als Folgerungen:

a) Im allgemeinen: Zwei gleiche Hauptstr. können nicht dadurch zu „ungleichen Strafarten" i. S. des § 73 werden, daß neben der einen eine Nebenstr., insbs. eine Ehrenstr., zulässig oder geboten ist; deshalb handelt es sich namentl. nur um dieselbe Strafart, mag neben Gefängnis die Aberkennung der bEN. gestattet sein oder nicht. Die Entscheidung dieser Frage lassen jedoch dahingestellt RG. I 3. März 81, 5. Jan. 82, E. 3 390, 5 420 bei JulvPolAuff. bzw. bei Ehrenstrafen i. e. S. Im übrigen vgl. N. 29 Iaβ.

b) Im besonderen: Ein Gesetz, in welchem eine auch nur kurze Gefängnisstr.

Digitized by Google

angedroht ist, schließt die Anwendung eines Gesetzes, das als schwerste Strafart Festungsh. androht, unbedingt aus, namentl. auch dann, wenn Festungsh. von mehr als 5 J. oder gar lebensl. Festungsh. angedroht ist; so: Geyer 1 189, Hälschner 1 685, Frank N. IV 2, Oppenh.-D. N. 16, Rubo N. 7, v. Schwarze N. 6 A. 1, Thomsen GS. 31 35; aM.: H. Meyer S. 440, Rüd.-St. N. 13 u. Habermaas Idealkonk. S. 33 f., die stets das im § 21 ausgesprochene Verhältnis der Freiheitsstr. in Erwägung ziehen wollen.

28) Das Gesetz, welches „die schwerste Strafe androht", kommt zur Anwendung, wenn die verschiedenen Gesetze gleiche Strafarten androhen. Da die Strafandrohung in thesi entscheidet, so ist bei alternativen Strafandrohungen Voraussetzung, daß die in den verschiedenen Gesetzen angedrohten schwersten Strafen gleichartig seien; der Fall aber, daß bei einem der ideal konk. V. mild. Umst. angenommen, bei einem anderen solche versagt werden, ist ausgeschlossen, weil diese Frage in bezug auf eine und dieselbe Hdlg. nur einheitlich entschieden werden kann; RG. II 8. Nov. 81, 30. März 86 E. 5 155, 14 8, IV 17. Feb. 88 N. 10 158.

29) Für die Entscheidung der Frage, welches Gesetz unter der Voraussetzung der Androhung „gleicher Strafarten" (N. 28) die „schwerste Strafe" androhe, sind folgende Gesichtspunkte maßgebend:

I. Ein jedes der verschiedenen Gesetze droht überhaupt nur Eine Hauptstrafe (N. 26) an und zwar:

a. in verschiedener Höhe. Hier ist unbedingt das die — bei Freiheitsstr. der Zeitdauer nach, bei Geldstr. dem Betrage nach — höchste Strafe androhende Gesetz anzuwenden; denn die Androhung einer höheren Strafe ermöglicht eine in concreto härtere Bestrafung, ist also das in thesi schwerere Strafgesetz. Das gilt insbs. für den Fall, wenn das Gesetz mit dem höheren Höchstbetrage:

α. einen niedrigeren Mindestbetrag zuläßt als das Ges. mit dem niedrigeren Höchstbetrage; so: H. Meyer S. 440, Rubo N. 5, Thomsen GS. 31 45; aM. einerseits Hälschner 1 684, der hier das in concreto zu einer strengeren Bestrafung führende Gesetz anwenden will, andererseits Merkel HH. 2 583, die Durchschnittslinie zwischen Maximum u. Minimum sei entscheidend; vgl. übrigens N. 35a;

β. keine Nebenstrafe kennt, während das Gesetz mit dem niedrigeren Höchstbetrage eine solche zuläßt oder gebietet (s. u. II a α); so: Thomsen GS. 31 47, Habermaas Idealkonk. S. 31; aM. für den Fall, daß eine Ehrenstr. angedroht sei, weil dadurch die Strafart eine schwerere werde (N. 27a): Hälschner 1 684, H. Meyer S. 440, Schütze S. 198 N. 6, Bischoff G. 29 140, Hecker Militärstrafr. S. 144;

b. in gleicher Höhe. Hier kommt in Betracht:

α. bei Freiheitsstrafen:

1. die Zulässigkeit von Nebenstrafen; das diese zulassende Ges. ist schwerer als das, welches sie nicht kennt, dsgl. das mehrere derselben zulassende Gesetz schwerer als das, welches nur eine von ihnen kennt. Sind in den verschiedenen Ges. verschiedene dieser Strafen angedroht, so muß ihr Schwereverhältnis entscheiden; da dieses aber gesetzlich nicht festgestellt ist (T. I Abschn. 1 N. 6₄), so ist die Natur der einzelnen Strafarten gegeneinander abzuwägen. Darnach werden sie folgendermaßen sich abstufen: Überweisung an die LPB. (ev. eine Freiheitsentziehg. in sich schließend), ZulvPolAuff. (eine Freiheitsbeschränkg. einschließend), VbER., UnfzB. öffentl. Ämter, dauernde Unf. z. Beschäftigg. im Eisenbahn- und Telegraphendienste bzw. als Z. o. S. eidlich vernommen zu werden (sämtlich eine Beschränkung der staatsbürgerl. Rechte enthaltend), Verfallerklärg., Einziehg.; vgl.: RG. III 27. Feb. 90 G. 38 54, Berlin 30. Mai 76 O. 17 388 (§ 263 sei härter als § 253 mit Rücks. auf die Geldstr., bzw. als §§ 353, 358 mit Rücks. auf den VbER.), RG. IV 5. Dez. 99 E. 32 439 (§ 308 sei härter als § 265 mit Rücks. auf die ZulvPol.-Auff.). Ob eine dieser Strafen obligatorisch oder fakultativ angedroht ist, kann nur in letzter Linie in Betracht kommen, da es stets um die Ermittelung des in thesi schwereren Ges. sich handelt;

2. der zulässige Strafmindestbetrag, der aus dem eben angegebenen Grunde

Digitized by Google

erst nach den Nebenstr. in Betracht kommen kann; Schütze S. 128 N. 6. Aus diesem Gesichtspunkte ist auch der für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13 ff.) zugelassene Strafmindestbetrag zu berücksichtigen; RG. IV 22. Okt. 97 E. 30 284; jedoch ist das Ges., welches den Mindestbetrag nur im Falle mild. Umst. zuläßt, schwerer als das denselben Mindestbetrag auch ohne solche festsetzende;

β. bei Geldstrafen; hier entscheidet ev., ob nach § 28 o. nach Spezialges. die nicht beizutreibende Geldstr. in Ges. o. in Haft umzuwandeln ist, bzw. ob die Umwandlung fakultativ in Ges. o. in Haft erfolgen kann; vgl. Schütze S. 395 N. 2.

II. In den mehreren in Betracht kommenden Gesetzen bzw. in einem von ihnen sind verschiedene Arten von Hauptstrafen (sei es alternativ, sei es kumulativ, wenn auch nur fakultativ) angedroht.

a) Hier kommt zunächst nur die schwerste Strafandrohung in Betracht, da diese den Charakter des in thesi schwersten Ges. bestimmt; im übrigen gilt das unter I Bemerkte; demgemäß fällt namentl. eine Nebenstr. gegenüber der im Höchstbetrage höheren schwersten der angedrohten Hauptstrafen nicht ins Gewicht; so z. B. RG. I 22. Dez. 87 E. 17 193. Folgeweise kommt es auch auf die neben der schwersten Strafandrohung alternativ zugelassene mildere Strafe nicht an, wenn nach den schwersten Strafandrohgen die Frage auf Grund der Ausführungen unter I entschieden werden kann; so auch RG. I 10. Nov. 87 E. 16 301, gegenüber einem Ges., welches nur Geldstr. androhe, enthalte das Ges., welches, sei es auch nur wahlweise, die Zuerkennung von Ges. ermögliche, die schwerere Strafart; demgemäß ist

α. mit Recht angenommen, daß bei Idealkonk. von § 230_2 mit § 316 Abs. 1 S. 1 (a. F., die keine Geldstr. zuließ), bzw. Abs. 2 u. § 319 die Strafe aus jenem zu bestimmen sei, trotzdem er alternativ Geldstr. androht, auch keine Nebenstr. kennt; RG. I 5. Jan. 82 E. 5 420, IV 24. Apr. 85 N. 7 256, II 7. März 93 E. 24 58 (letzteres unter Abgehen von der abweichenden in II 5. Mai 85 N. 7 276 vertretenen gegenteiligen Ansicht btr. Idealkonk. von § 230 mit NahrungsmittelG. § 14 S. 2). AM.: Schütze S. 394 N. 2, der bei Idealkonk. von § 185 mit § 223_1 für die schwereren mit Ges. zu ahndenden Fälle den Strafsatz des § 223, für die leichteren mit Geldstr. zu belegenden Fälle den Strafsatz des § 185 anwendet, Reiffel GS. 39 506, der Mindestbetrag gebe den Ausschlag;

β. mit Unrecht angenommen, daß bei Idealkonk. von § 49a mit § 333 unter Annahme mild. Umst. die Strafe aus jenem zu bemessen sei, weil § 333_2 Geldstr. zulasse, die § 49a nicht kenne; so jedoch RG. I 3. März 81 E. 3 390. Entscheidend ist vielmehr, daß § 333 (auch für den Fall mild. Umst.) Ges. bis zu 5 J., § 49a dagegen Ges. nur bis zu 2 J. androht; vgl. übrigens N. 35.

b) Sind die angedrohten schwersten Strafen gleich, so entscheidet zunächst, ob eine zweite Hauptstrafe gleicher Art, z. B. Geldstr. neben Freiheitsstr., kumulativ, wenn auch nur fakultativ, angedroht ist; so ist zutreffend angenommen, daß bei Idealkonk. von § 253 mit § 263 die Strafe aus letzterem zu bestimmen sei, trotz des höheren Strafmindestbetrages der Gefängnisstr. in jenem; RG. III 27. Feb. 90 G. 38 54; mit Unrecht ist dagegen angenommen, daß bei Idealkonk. von § 183 mit §§ 186, 200 die Strafe aus ersterem zu verhängen sei, obschon die wahlweise angedrohte Geldstr. dort nur bis 500 M., hier aber bis 1500 M. geht; daß dort VbER., hier Publikationsbfgns. (s. N. 32_3) zugelassen ist, kann nicht entscheidend sein; sowie ferner, daß bei Idealkonk. von § 223 mit § 289 aus letzterem zu strafen sei, obschon die wahlweise angedrohte Geldstr. dort bis 1000, hier nur bis 900 M. geht; die Zulässigkeit des VbER. bei § 289 kann daneben nicht ins Gewicht fallen; so jedoch: RG. II 19. Jan. 83 bzw. 12. März 86 E. 7 437, 13 399; die Ansicht des RG. erscheint nur haltbar von dem Standpunkte, der die neben einer Freiheitsstr. angedrohte Geldstr. gg. die GM. als Nebenstr. ansieht, was jedoch derselbe StrS. des RG. nach einem späteren Urteil (§ 27 N. 11) nicht tut. Demnächst entscheidet — ebenfalls nach den zu I entwickelten Grundsätzen — die Schwere der alternativ angedrohten milderen bzw. der für den Fall mild. Umst. angedrohten Strafe.

30) Bei vorliegender Idealkonk. kommt „nur", d. h. ausschließlich, das die schwerste Strafandrohg. enthaltende Gesetz zur Anwendung, so daß eine Mischung der schwersten

Digitized by Google

Strafandrohgen der verschiedenen „verletzten Strafgesetze" ausgeschlossen ist, in dieser Beziehung ganz ähnlich wie beim § 2 (das. N. 21₂). So die GM., insbs.: RG. BStS. 17. Apr. 82, I 7. Apr. 81, E. 6 180, 4 218.

31) Der Grundsatz der ausschließlichen Anwendung des die schwerste Strafandrohg. enthaltenden Gesetzes (N. 30) verbietet namentl., auf Grund eines Gesetzes die Hauptstr., auf Grund eines anderen aber eine Nebenstr. festzusetzen. So die GM.; insbs. ist in der Praxis des RG. mit Recht verneint, daß erkannt werden darf bei Idealkonk.

von § 180 (Kuppelei) mit § 361⁶ (Gewerbsunz.) auf die Nebenstr. aus § 362; III 17. Juni 01 G. 48 356;

von § 230₂ (qual. fahrl. Körperverltzg.) mit § 316₂ (fahrl. Gefährdg. eines Eisenbahntransportes) auf die Nebenstr. aus § 319; I 5. Jan. 82 E. 5 420;

von § 263₂ (Betrug) mit NahrungsmittelG. § 10¹ auf die Nebenstr. aus § 16₁ desselben; III 3. März 84 E. 10 206.

32) Anders verhält es sich dagegen mit den polizeilichen Maßnahmen und den Privatgenugtuungen (T. I Abschn. 1 N. 4, 5). Nach der N. 23 klargelegten Bedeutung der Vorschrift des § 73 bezieht sie sich lediglich auf die Verhängung der Strafe; wo nicht diese in Frage steht, sondern eine anderweitige Maßregel, greift der Grundsatz des § 73 nicht Platz; dazu kommt, daß alle Gründe der Logik dagegen sprechen, von der Verhängung derartiger Maßnahmen abzusehen, weil die Hdlg. nicht bloß nach der einen Richtung hin, welche die btr. Gesetzesbestimmung im Auge hat, sondern zugleich noch nach anderer Richtung strafbar erscheint. So: RG. II 22. Mai 85 E. 12 223 (speziell btr. der Buße, weil diese keine Strafe sei; s. u. Abs. 2), Frank N. VI 2, Stenglein St. 5 265 N. *, Bünger ZStrW. 8 718 N. 123, Fuchs G. 29 423, prinzipiell auch Bischoff das. S. 141 N. 3, btr. der polizg. Maßnahmen v. Liszt S. 246, btr. der Buße: H. Meyer S. 376 N. 32, Oppenh.-D. N. 14 u. § 188 N. 20 f. AM.: RG. I 7. Apr. 81 E. 4 218 (während BStS. 17. Apr. 82 E. 6 180 diese Frage unentschieden läßt), Berlin 16. Juni 75 St. 5 264, Merkel HH. 4 229.

Von diesem Gesichtspunkte aus sind daher insbs. auch die Fragen zu entscheiden, ob bei Idealkonk. von Beleidgg. (bzw. Körperverltzg.) mit einer schwerer strafb. Hdlg. auf Buße bzw. auf Bekanntmachungsbefugnis (vgl. deshalb §§ 188 N. 11, 200 N. 2) bzw. bei Idealkonk. von Jagdverg. mit einer schwerer strafb. Hdlg. auf Einziehung (§ 295 N. 1) erkannt werden darf.

33) Wenn nach § 73 bei vorliegender Idealkonk. nur das die schwerste Strafandrohg. enthaltende Gesetz „zur Anwendung kommt", so bedeutet dieses lediglich, daß die Strafe innerhalb der Grenzen des die schwerste Strafe bzw. Strafart androhenden Ges. bemessen werden soll; Bischoff G. 29 144. Über die Art, wie diese Strafabmessung vorzunehmen sei, besagt § 73 nichts; der Richter wird dabei nach der konkreten Sachlage sich richten; wenn z. B. bei Idealkonk. von Körperverltzg. und Widerstd. gg. die Staatsgewalt, wobei nur der § 223 „zur Anwendung kommt", weil er einen höheren Strafhöchstbetrag derselben Strafart androht als § 113, die Körperverltzg. eine ganz unbedeutende, der Widerstand aber ein erheblicher war, so wird die logische Operation der Strafabmessung nicht von jener, sondern von diesem ihren Ausgangspunkt nehmen; das Umgekehrte wird der Fall sein, wenn die Körperverltzg. als das in concreto schwerere Delikt erscheint.

34) Obschon im § 73 der Satz „poena major absorbet minorem" Ausdruck finden sollte (N. 23), so ist er doch nicht im strengsten Sinne zu verstehen; es liegt vielmehr in der Natur der Sache, daß, wenn „eine und dieselbe Handlung" i. S. des § 73 „mehrere Strafgesetze verletzt", diese als einheitliche Tat nach allen Richtungen, mit anderen Worten, daß alle ideal konkurrierenden Delikte ihre Strafe zu finden haben; nur das wird positiv bestimmt, daß die Strafe lediglich auf Grund Eines Gesetzes, und zwar des die schwerste Strafandrohg. enthaltenden, ausgemessen werden soll; so Binding Grundr. S. 243 (nicht eine Strafe absorbiere alle anderen, sondern eine Strafandrohg. die übrigen), ähnlich: Rüd.-St. N. 17, Stenglein St. 5 265 N. *, Herzog GS. 27 197.

Daraus ergibt sich, daß, wenn der Richter bei Festsetzung der Strafe von dem in concreto strafbarsten Delikte ausgeht (N. 33), er die Idealkonk. des anderen Delikts als

Digitized by Google

strafmehrenden Zumessungsgrund berücksichtigen muß, und zwar bis zu dem Grade, daß durch die erkannte Strafe auch jedes Delikt für sich genommen abgegolten erscheint; so: Binding aO., Hälschner 1 686, H. Meyer S. 441, v. Wächter S. 292; aM. RG. im allg. III 15. Okt. 88 N. 10 570, im bes. vgl. die N. 35_2 als gegnerisch zitt. Entsch., ferner: Geyer 1 188, Schütze S. 198 N. 7, Frank N. VI, Oppenh.-D. N. 17, Rüd.-St. N. 17, v. Schwarze N. 7 u. GS. 34 600, Habermaas Idealkonk. S. 28, Heinemann Idealkonk. S. 97, die nur einen fakultativen Strafzumessungsgrund annehmen; nicht klar Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 150.

35) Eine Gesetzesverletzung erhellt hiernach, wenn der Instanzrichter bei Anwendung des schwersten Strafgesetzes:

a. entweder unter denjenigen Strafmindestbetrag hinuntergeht, den das auf das konkurrierende Delikt Strafe drohende Gesetz, das jedoch wegen niedrigeren Höchstbetrages nicht „zur Anwendung" kommt (N. 29 Iaα), gesetzt hat,

b. oder auf eine mildere alternativ angedrohte Strafart erkennt, welche dem anderen Gesetze unbekannt ist (N. 29 IIa).

Hierbei handelt es sich durchaus nicht um die nach N. 30 unzulässige „Mischung der Strafen aus beiden Gesetzen"; vielmehr kommt nach Vorschrift des § 73 lediglich Ein Gesetz zur Anwendung, wobei letztere jedoch aus dem angedeuteten Gesichtspunkte der Berücksichtigung des ideal konkurrierenden Deliktes als obligatorischen Strafmehrungsgrundes gewissen Einschränkungen unterliegt. So im allg.: RG. I 3. März 81 E. 3 390, Finger 1 540, H. Meyer S. 441, Hecker Militärstrafr. S. 143, speziell btr. des Falles zu a: ROHG. 21. Jan. 79 Entsch. 24 397, v. Prittwitz G. 30 161. AM.: RG. III 8. Feb. 83 E. 8 84, I 15. Juni 85 N. 7 382, 10. Nov. 87 E. 16 301 (dieses btr. den Fall zu a), II 2. Nov. 88 E. 18 174, Berlin 30. Mai 76 O. 17 388, Geyer 1 189, v. Liszt S. 246, Merkel HH. 4 229, Frank N. VI 2, Thomsen GS. 31 44, Bischoff G. 29 141, Reiffel GS. 39 501. Ohne eigene Ansicht Oppenh.-D. N. 15.

Dagegen kann bei Idealkonk. von § 184_3 (das. N. 15) mit PreßG. §§ 17, 18^1 aus letzterem Gesetze, als dem härteren, auf Haft erkannt werden, weil Haft als Freiheitsstr. immer eine härtere Strafart ist als die nach beiden Strafgesetzen zulässige Geldstr. (N. 26).

Prozessuales. N. 36—39.

36) Bei vorliegender Idealkonk. ist die strafrechtliche Verfolgung der Hdlg. wegen aller derart konkurrierender Delikte dennoch in manchen Fällen ausgeschlossen:

a) Findet Idealkonk. eines Offizialdeliktes mit einem Antragsdelikte oder Idealkonk. mehrerer Antragsdelikte untereinander statt, so kann nur dasjenige Antragsdelikt bei der Aburteilung berücksichtigt werden, wegen dessen der Strafantrag gestellt ist (§ 61 N. 58a); so die GM., insbs. RG. III 25. Feb. 82 N. 4 210, II 30. Nov. 88 E. 18 273 (vgl. auch N. 24a).

b) Die Strafverfolgung des einen der ideal konk. Delikte kann nach den §§ 67 ff. bereits verjährt sein, während dies bezüglich eines anderen noch nicht der Fall ist; es kann dies eintreten, da die Verjährungsfristen für jedes der Delikte nach § 67 sich besonders berechnen; so: RG. II 23. Juni 82, IV 30. Nov. 94, E. 6 371, 26 261, v. Wächter S. 308, Oppenh.-D. § 67 N. 21, Rüd.-St. N. 23, v. Schwarze § 67 N. 4; abweichend das § 67 N. $10a_2$ zit. RG. E. 9 152.

Übrigens ist eine Verfolgung der mit einem Gewerbepolizeiverg. aus GewerbeO. § 147 ideal konkurrierenden „Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze" zulässig, sollte die Strafverfolgung wegen jenes auch verjährt sein; denn der Abs. 2 des § 147 gibt nur eine eigentümliche Bestimmung bezüglich des anzuwendenden Strafges., falls eben eine Bestrafung der Hdlg. wegen beider konk. Delikte zu erfolgen hat; so: RG. zit. E. 6 371, I 30. Okt. 95 E. 27 403, Berlin OTr. 4. März 73, 11. Juni 77, O. 14 185, 18 381, KG. 9. Mai 81 Jahrb. 2 208; aM.: Berlin OTr. 1. Okt., 26. Nov. 75, O. 16 625, 762, Oppenh.-D. § 67 N. 21.

37) Im schwurgerichtl. Verfahren kann für alle ideal konk. strafb. Hdlgen Eine Frage gestellt werden (Bew. StPO. § 292_2), zulässig ist jedoch auch die Stellung mehrerer Fragen; Löwe-H. StPO. § 293 N. 10.

Digitized by Google

38) Ist eine strafb. Hdlg., bei vorliegender Idealkonk., auf Grund mündlicher Verhandlung zur Aburteilung gelangt, so steht einer nochmaligen Verfolgung der Grundsatz „ne bis in idem" entgegen, sollte auch das eine oder andere der konk. Delikte außer Betracht geblieben sein; so die GM., insbs. RG. I 23. Dez. 80, 12. März 83, E. 3 210, 8 135, II 27. Mai 81 N. 3 343, letzteres mit der zutreffenden Ausführung, daß ev. nach Analogie der StPO. § 259$_2$ auf Einstellung zu erkennen sei.

Über die — in den früheren Aufl. des Komm. verneinte — Streitfrage, ob jener Grundsatz auch da Platz greift, wo der vollen Aburteilung der Hdlg. wegen zur Zeit fehlenden Strafantr. ein rechtliches Hindernis entgegenstand (§ 61 N. 58), vgl. Löwe StPO. B. II Abschn. 1 N. 30b, sowie RG. II 12. Juni 03 E. 36 275, es dürfe, falls das Fehlen des Strafantrages in der Hauptverhandlung sich herausstelle, nicht auf Einstellung erkannt werden.

39) Die Zuständigkeit bestimmt sich nach dem schwersten der zur Verfolgung stehenden ideal konk. Delikte.

§. 74.

Gegen denjenigen, welcher durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen, oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, ist auf eine Gesammtstrafe zu erkennen, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht.

Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen tritt diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein.

Das Maß der Gesammtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen und funfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängniß oder funfzehnjährige Festungshaft nicht übersteigen.

PrStGB. §§ 56, 57, 338. Entw. I §§ 65, 345, II § 72. StB. S. 239, 772.
MStGO. § 47$_2$; TabakstG. v. 16. Juli 1879 § 42; BraustG. v. 31. Mai 1872 § 37.

Zu § 74—79. N. 1—7.

1) Die §§ 74—79 handeln von der sog. Realkonkurrenz (aM. v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 112, auch die Idealkonk. sei nicht ausgeschlossen), und zwar geben die §§ 74 bis 78 die über die Behandlung der Realkonk. an sich geltenden Vorschriften, während § 79 deren nachträgliche Anwendung für den Fall des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen sichert. Wie hieraus folgt, ist das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen die, teils ausdrückliche, teils stillschweigende, Voraussetzung der sämtlichen oben angeführten §§.; ihr Inhalt, insbs. derjenige der §§ 74—78, ist jedoch wesentlich mit durch das Zusammentreffen der wegen mehrerer strafb. Hdlgen zu erkennenden Strafen bestimmt (T. I Abschn. 5 N. 2$_1$). Ein doppelter Gesichtspunkt ist sonach für die Bestimmungen maßgebend; so namentl. Rüd.-St. T. I Abschn. 5 N. 2; vgl. auch Hälschner I 654.

Für die Frage der Qualifikation der Straftat als V., V. o. Übertr. ist die Realkonk. einflußlos; § 1 N. 11. Desgleichen bezüglich der Verjährung der Strafverfolgung (§§ 67 ff.), die für jede selbständige Hdlg. auch selbständig läuft; so die GM.

2) Die StPO. berücksichtigt im § 208 ein Zusammentreffen mehrerer strafb. Hdlgen i. S. der §§ 74—78 (Löwe-H. StPO. § 208 N. 1). Außerdem im § 292$_2$ durch die Bestimmung, daß im schwurgerichtl. Verfahren bei einer Mehrzahl von strafb. Hdlgen die Fragen für jede Hdlg. besonders gestellt werden müssen; unzulässig ist deshalb eine auf wiederholte Begehung einer Straftat gerichtete Frage, ohne Klarstellung, ob eine bestimmte Mehrzahl selbständiger Hdlgen oder nur eine, wenn auch fortgesetzte Hdlg. gemeint sei; RG. IV 25. Nov. 87 N. 9 654.

3) Soweit in den §§ 74—78 das Zusammentreffen von Strafen bei deren Verhängung behandelt wird, ordnet sich ihr Inhalt folgendermaßen:

Digitized by Google

§ 74 betrifft das Zusammentreffen „zeitiger Freiheitsstrafen", aber nur insofern sie für V. o. V. erkannt sind, und mit Ausnahme des Zusammentreffens von Festungsh. mit Gefängnis und von Haft mit anderen Freiheitsstr., wovon die §§ 75, 77 handeln;

§ 75 betrifft, in Abweichung von der Regel des § 74, das Zusammentreffen von Festungsh. mit Gefängnis;

§ 76 enthält eine ergänzende Bestimmung zum § 74 bezüglich des VbER. und der ZulvPolAuff.;

§ 77 behandelt das Zusammentreffen von Haft, mag dieselbe für Verg. oder für Übertr. erkannt sein, mit anderer Freiheitsstr., enthält also nicht lediglich die angedeutete Ausnahme vom § 74;

§ 78 endlich regelt das Zusammentreffen mehrerer Geldstr., gleichviel für welche Arten strafb. Hdlgen dieselben erkannt sind.

4) Über das Zusammentreffen anderer Strafen als der in N. 3 aufgeführten enthält das StGB. keine Vorschriften, also namentl. nicht über das Zusammentreffen der Todesstr., der lebenslängl. Zuchthausstr. und Festungsh., endlich des Verweises miteinander bzw. mit anderen Hauptstrafen. Es muß hier folglich das reine Häufungsprinzip gelten.

Bei einer Verurteilung wegen wiederholten Mordes ist deshalb wegen eines jeden Falles auf Todesstrafe, wegen Mordes und Sachbeschädgg. auf Todesstrafe und Gefängnis o. Geldstrafe zu erkennen (StPO. § 208). So: Berlin 20. Sept. 72, 22. Jan. 73, München 20. März, 8. Juli 75, St. 2 77, 263, 5 24, 273, Binding Grundr. S. 242, Finger 1 543, Geyer HRl. „Konk.", v. Liszt S. 285, H. Meyer S. 445, Schütze S. 199 N. 13 u. ZStrW. 3 93, Oppenh.-D. N. 20, Rubo N. 4, Rüd.-St. Abschn. 5 N. 2, Reichmann GS. 32 423, Rosenblatt Strafenkonk. (Leschen 1879) S. 91. AM.: Hälschner 1 688 (keinesfalls seien die einzelnen verwirkten Strafen nebeneinander zu erkennen), Löning S. 88, Merkel S. 266, v. Wächter S. 285 N. 1, Thomsen GS. 31 327.

Bei mehreren strafb. Hdlgen ist auch ev. nach § 57[4] wegen einer jeden auf einen Verweis zu erkennen; so: Oppenh.-D. N. 20, v. Schwarze N. 1; mit Recht aber hält RG. I 2. Nov. 93 G. 41 403 einen die festgestellten mehreren Straftaten betreffenden Verweis für ausreichend.

Über die Nebenstrafen verfügt nur § 76; vgl. diesen, insbs. N. 2.

5) Wegen Regelung der Materie und der Befugnisse der Landesgesetzgebung vgl. E. I Abschn. 5 N. 1.

6) Das Gesetz stellt für beide Fälle der Realkonk., die gleichartige nicht minder wie die ungleichartige, die Begehung „mehrerer selbständiger Handlungen" als Voraussetzung hin; Berner S. 302. „Selbständig" ist eine Hdlg., wenn sie nicht i. S. des § 73 „eine und dieselbe" ist; durch die Bezeichnung „selbständige" im Eingange des § 74, sollte, ausweislich der Motive, eine anerkannte Voraussetzung der Realkonk. noch besonders hervorgehoben werden. „Das Prädikat selbständige hat die wichtige negative Wirkung, daß überall, wo einer Mehrheit von Akten die Bedeutung selbständiger Hdlgen nicht beizulegen ist, nur der § 73 oder seine schweigende Voraussetzung zur Anwendung kommen kann"; so Berner aO., ähnlich Schütze S. 198, 199 N. 9 u. ZStrW. 3 66 ff.; vgl. auch: Frank N. V, Oppenh.-D. § 73 N. 2, v. Schwarze GS. 34 615.

Es sind deshalb für die Frage, ob „mehrere selbständige Hdlgen" i. S. des § 74 vorliegen, die Ausführungen in den N. 1—11 u. 19 ff. zum § 73 maßgebend. Der Umstand, daß die einzelnen Hdlgen nicht nach allen Beziehungen (z. B. Zeit derselben, Betrag des Schadens 2c.) sich feststellen lassen, steht der Annahme mehrerer selbständiger Hdlgen nicht entgegen, insofern nur die Verfolgbarkeit einzelner Hdlgen oder die Identität der Tat nicht fraglich ist; RG. III 14. Jan. 80 N. 1 227.

7) Wird ein Zusammenhang i. S. der StPO. § 3 dadurch begründet, daß eine Person mehrerer strafb. Hdlgen beschuldigt wird, so ist für die Dauer der Verbindung der Straffall, welcher zur Zuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung gehört, für das Verfahren maßgebend; StPO. § 5. Vgl. auch MStGO. § 33.

Digitized by Google

Zu § 74. N. 8—20. — Zu Absatz 1. N. 8—12.

8) Bildet das reale Zusammentreffen mehrerer selbständiger strafb. Hdlgen die allgemeine Voraussetzung der §§ 74—78, so ist das Zusammentreffen „mehrerer verwirkter zeitiger Freiheitsstrafen" die spezielle Voraussetzung des § 74, aber wiederum nicht aller zeitiger Freiheitsstr. (N. 3), sondern nur von:

a. Zuchthaus mit Zuchthaus, Gefängnis oder Festungshaft, einzeln oder zusammen;

b. Gefängnis mit Gefängnis;

c. Festungshaft mit Festungshaft.

9) In Betracht kommen die durch mehrere selbständige Hdlgen „verwirkten" mehreren zeitigen Freiheitsstr., woraus erhellt, daß die Anwendung des Abs. 1 die Feststellung der an sich für die einzelnen Straftaten verwirkten Freiheitsstr. voraussetzt; selbstverständlich muß die Abmessung der Einzelstrafe lediglich auf Grund der in Betracht kommenden Strafsatzung geschehen, so daß die Einzelstr. weder den gesetzlichen Strafhöchstbetrag übersteigen, noch unter den gesetzlichen Strafmindestbetrag hinabgehen darf. So die GM., insbs.: RG. II 28. Nov. 79 R. 1 102, I 20. Sept. 80 E. 2 235, RDHG. 10. Sept. 77 Entsch. 23 41.

Wenn wegen mehrerer von einer jugendlichen Person begangener Straftaten auf Freiheitsstr. zu erkennen ist, so muß zunächst nach § 57 festgestellt werden, welche einzelnen Freiheitsstr. verwirkt sind; aus diesen ist die Gesamtstr. zu bilden; München 6. Apr. 72 St. 1 260. Entsprechend ist im Falle der §§ 157 (das. N. 7 b) f. zu verfahren. Vgl. auch N. 14 f.

10) Sind die Einzelstr. festgesetzt, so ist zu bestimmen, welches die „verwirkte schwerste Strafe" sei; diese wird in den Motiven als „Einsatzstrafe" bezeichnet.

Beim Zusammentreffen gleichartiger Freiheitsstr. ist lediglich die Zeitdauer der verwirkten Einzelstr. ausschlaggebend; denn es steht ausschließlich die Bildung einer Gesamtstr. aus zusammentreffenden Freiheitsstr., ohne jede Rücksicht auf Nebenstrafen in Frage.

Beim Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstr. greift Abs. 2 Platz (N. 13 ff.).

11) Die zu bildende „Gesamtstrafe" (ZPO. § 890$_1$) besteht in einer „Erhöhung" der Einsatzstrafe (N. 10), d. h. die letztere ist ihrer Zeitdauer nach zu verlängern; Berlin 23. Okt. 72 St. 2 106. Da auf „eine Gesamtstrafe zu erkennen" ist, so geht daraus hervor, daß der verfügende Teil des Urteils (StGB. § 200) nur die Gesamtstr. zu enthalten hat, während die Höhe der Einzelstr. (N. 9) lediglich aus den Urteilsgründen hervorgehen muß (StPO. § 266$_2$); aM. Frank N. IV.

Durch diesen Teil der Gesetzesvorschrift wird nicht in genügender Weise das Verfahren vorgeschrieben, wie die Gesamtstr. zu finden sei, vielmehr nur das Ergebnis dahin: die Gesamtstr. muß höher sein, als die verwirkte schwerste Einzelstr.; ob das Ergebnis dadurch gewonnen wird, daß in der Tat die Einsatzstrafe in einem unter dem Betrag der Einzelstr. verbleibenden Maße erhöht oder daß die Summe der Einzelstrafen auf ein über dem Betrage der Einsatzstrafe sich haltendes Maß zurückgeführt wird, erscheint gleichgültig. So: Finger 1 544 N. 702, Bischoff G. 29 153, v. Schwarze GS. 36 606; so spricht auch Berlin 11. Juni 75 O. 16 437 von der Reduktion der Summe der Einzelstrafen. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Gesamtstr. durch einheitliche Erhöhung der Einsatzstr. oder dadurch gefunden wird, daß die übrigen Einzelstrafen für sich abgemindert und diese abgeminderten Einzelbeträge der Einsatzstr. zugezählt werden; dieses Verfahren billigt RG. I 1. Nov. 86 E. 15 29; aM. Reiffel GS. 40 217 ff.

Durch die einheitliche Gesamtstr. als solche werden die verschiedenen strafb. Hdlgen abgegolten; die einzelnen Bestandteile, aus denen jene gebildet ist, haben aber nicht nur, solange das sie aussprechende Urteil noch nicht die Rechtskraft beschritten hat (N. 20), sondern auch noch später im Falle der Anwendung des § 79 (das. N. 11) eine selbständige Bedeutung. Wegen Verjährung der Vollstreckung einer Gesamtstr. vgl. § 70 N. 7.

12) In der N. 10 u. 11 bezeichneten Weise ist die Gesamtstr. stets zu finden, wenn mehrere zeitige Freiheitsstr. — von den N. 3 hervorgehobenen Ausnahmen abgesehen — zusammentreffen, namentl. ist daran auch dann festzuhalten, wenn Wiederholungen des-

Digitized by Google

selben V. mit einem anderen V. zusammentreffen; es darf alsdann nicht etwa zunächst aus dem für die gleichartigen V. (z. B. fünf Unterschlggen) verwirkten Strafen eine Gesamtstr. und alsdann aus dieser und der durch das ungleichartige V. (z. B. einen einfachen Bankerutt) verwirkten Einzelstr. eine weitere Gesamtstr. gebildet werden; Mannheim 11. Nov. 76 St. 7 28.

Eine Ausnahme enthält jedoch Abs. 3 für den Fall, daß bereits eine einzelne verwirkte Freiheitsstr. den daselbst angegebenen Höchstbetrag erreicht, was bei Zuchth. und Festungsh. (§§ 14_2, 17_2) allgemein und bei Gef. im Falle des § 57^1 möglich ist.

Zu § 74 Absatz 2. N. 13—15.

13) Abs. 2 enthält eine für die Ermittelung, welches die verwirkte schwerste Strafe sei, maßgebende Sondervorschrift. Bei dem Zusammentreffen „ungleichartiger Freiheitsstrafen" soll stets die „ihrer Art nach schwerste" erhöht werden, d. h. konkret gesprochen (N. 8): es ist beim Zusammentreffen von Zuchth. mit Gef. oder Festungsh. nach § 21 stets die Zuchthausstr. zu erhöhen.

14) Die Bestimmung des Abs. 2 greift jedoch alsdann nicht Platz, wenn auf Grund gesetzlicher Vorschrift an Stelle der Zuchthausstr. von vornherein Gefängnis, sei es im Verhältnis des § 21 (so beim Versuch und der Beihilfe nach §§ 44_4, 49_2), sei es von gleicher Dauer (so gegenüber jugendlichen Personen nach § 57^3_2), zu treten hat; RG. IV 8. Mai 94 G. 42 126 (btr. §§ 44, 21). Hier ist die angedrohte Strafe nicht Zuchth., sondern Gefängnis, und findet also, wenn Gefängnis außerdem verwirkt ist, ein Zusammentreffen ungleichartiger Strafen nicht statt. In einem solchen Falle darf auch bei strafmündigen Personen nicht etwa Zuchth. erkannt werden, wenn die Gesamtstr. 1 J. 4 Mt. Gefängnis erreicht oder übersteigt; so: RG. III 3. Jan. 80 R. 1 187 (btr. § 57^3), Berlin 1. März St. 6 169 (btr. § 44). Ebensowenig darf dies in den Fällen der §§ 157 f. geschehen, wenn die an sich verwirkte Einzelstrafe infolge der Ermäßigg. in Gefängnis umzuwandeln war; RG. II 15. Apr. 98 E. 31 106.

15) Fraglich ist, ob die Regel des Abs. 2 dann eine Ausnahme erleidet, wenn die Gefängnis- o. Festungsstr. gegen einen zur Zeit der Tat noch nicht voll Strafmündigen festzusetzen war. Die Befolgung der Regel enthält scheinbar einen Verstoß gegen § 57^3_2, aber doch nur anscheinend; denn diese Bestimmung verhält sich nur über die Festsetzung der Einzelstrafe. Daraus folgt allerdings, daß beim Zusammentreffen von Freiheitsstr., die sämtlich wegen in nicht voller Strafmündigkeit begangener strafb. Hdlgen festzusetzen waren, niemals eine auf Zuchth. lautende Gesamtstr. sich ergeben kann. Anders, wenn es um ein Zusammentreffen der oben bezeichneten Art sich handelt; ganz abgesehen davon, daß ein Auseinanderhalten der Strafen der inneren Begründung entbehrte, da ja der Täter ohnehin Zuchth. zu verbüßen haben würde, so ergibt einfach die Anwendung des § 57^3 i. V. mit § 74_2 die Bildung der Gesamtstr. durch Erhöhung der Zuchthausstr. So Ortloff GS. 26 65; vgl. § 79 N. $12c_2$.

Zu § 74 Absatz 3. N. 16—18.

16) Wie die Erhöhung zu geschehen habe, gibt Abs. 3 durch zwei negative Vorschriften an.

„Das Maß der Gesamtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen". Hierbei kommen die „Einzelstrafen" nicht lediglich ihrer Zeitdauer nach, sondern vielmehr ihrem durch § 21 bestimmten Schwereverhältnis nach in Betracht; Strafen der milderen Art sind deshalb zunächst in solche der schwereren Art umzuwandeln, also z. B. Gefängnis in Zuchth., und darf dann der Betrag der Zuchthausstr., d. h. der ursprünglich erkannten und der durch Umwandlung gefundenen, nicht erreicht werden; RG. IV 30. Mai 84 R. 6 388, Berlin 27. März 72 St. 2 27. Übrigens brauchen die Urteilsgründe die Umwandlg. der milderen Einzelstrafen nicht wiederzugeben, wenn nur das Maß die Gesamtstr. klarstellt, daß die obige Vorschrift befolgt ist; RG. II 6. Feb. 03 E. 36 88.

Die in Rede stehende Vorschrift des Abs. 2 ist von absoluter Geltung und undurchbrechbar, wie auch RG. IV 25. Mai 87 (vgl. I 10. Nov. 87 E. 16 284) angenommen hat;

Digitized by Google

demgemäß schränkt sie die Bestimmung des § 19_2 entsprechend ein (vgl. das. N. 6a, 7a, bβ). Dieser Ausnahme ist aber keine weitere Ausdehnung zu geben, als unbedingt notwendig; in Fällen, wo der Richter in der Lage ist, unter Anwendung der Regel des § 19_2 eine Gesamtstr. bilden zu können, ohne daß deren Maß den Betrag der verwirkten Einzelstr. erreicht, muß er solches auch tun; insoweit ist sein Ermessen bezüglich der Straferhöhung auch nach unten hin beschränkt; so RG. I 29. (20.?) Jan. 83 E. 8 26, beim Zusammentreffen mehrerer je mit Zuchth. zu bestrafender Verbr. müsse die Erhöhung der Einsatzstr. mindestens um einen vollen Monat geschehen. In den N. 14 bezeichneten Fällen der §§ 44, 49, 57^2 kann die Streitfrage, ob der Strafzusatz mindestens einen Monat Zuchth. betragen müße, nicht auftauchen, weil überhaupt keine Zuchth.- sondern nur eine Gefängnisstr. verwirkt ist; RG. III 3. Jan. 80 N. 1 187.

17) Die zweite negative Regel bezüglich der Erhöhung (N. 16) betrifft das höchste Maß der Gesamtstrafe; bei Zuchth. u. Festungsh. stimmt es im Betrage von funfzehn Jahren mit dem höchsten Maße dieser Strafen, wenn sie als Einzelstr. erkannt werden, überein (§§ 14_2, 17_2), so daß dadurch eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 herbeigeführt werden kann (N. 11), während die Gefängnisstr. als Gesamtstr. bis zu zehn, als Einzelstr., abgesehen von dem Fall des 57^1, nur bis zu fünf Jahren (§ 16_1) erkannt werden darf.

Ausnahmsweise kann das höchste Maß der Gesamtstr. überschritten werden, wenn die Umwandlung einer neben der Gesamtstr. erkannten Geldstr. nach § 28 Platz greift. So wie der Höchstbetrag der als Einzelstr. erkannten Gefängnisstr. in einem solchen Falle kraft des § 28 ausnahmsweise überschritten werden kann (§ 16 N. 1_2), so erleidet auch die hier in Rede stehende Vorschrift des § 74_3 unter gleichen Umständen eine Ausnahme. So: H. Meyer S. 445 N. 14, Oppenh.-D. N. 30 u. § 78 N. 6, Rüd.-St. N. 14, v. Schwarze § 78 N. 6, Thomsen MagfDR. 1 15. AM. Rubo N. 10.

18) Eine besondere Ausnahme greift noch bei der Gefängnisstr. Platz; hat diese nach $§ 57^3_2$ an Stelle von Zuchth. zu treten, so darf der Höchstbetrag der Gefängnisstr. folgeweise auch funfzehn Jahre betragen; München 17. Feb. 72 St. 1 246, Hälschner 1 536.

Aber auch durch $§ 57^1$ wird eine Ausnahme begründet; denn das majus, daß wegen einer Hdlg. bis zu funfzehn Jahren Gef. erkannt werden kann, schließt das minus in sich, daß es beim Zusammentreffen einer zweiten Hdlg. mit einer solchen erst recht geschehen könne; RG. I 10. Nov. 87 E. 16 282.

So in beiden Fällen: Binding S. 244, Finger 1 545, Geyer 1 190 u. HRl. „Konk.", Oppenh.-D. N. 27, Rüd.-St. N. 13. AM. Rubo N. 9 A.*.

Daran aber ist unbedingt festzuhalten, daß der Höchstbetrag der gegen Jugendliche zu verhängenden Gefängnisstr. 15 J. niemals übersteigen darf, selbst nicht bei Realkonk. eines nach $§ 57^1$ zu bestrafenden Deliktes mit anderen Delikten; so das zit. RG. E. 16 282.

Prozessuales. N. 19, 20.

19) Wird der § 74 zutreffendenfalls nicht oder nicht richtig angewendet, so ist nicht eine Rechtsnorm über das Verfahren, sondern eine materielle Rechtsnorm verletzt; so: RG. II 2. Dez. 81 E. 5 186, Berlin 26. Jan. 76 O. 17 53, Oppenh.-D. N. 21; aM. Merkel HH. 4 232.

20) Über die Frage, inwieweit der Grundsatz der relativen Rechtskraft Platz greift, vgl. einerseits: RG. II 12. Juli 80 E. 2 202, IV 12. Juni 85 R. 7 378, Berlin 11. Juni 75 O. 16 437, die Einzelstrafen seien nur Rechnungsfaktoren für die Bildung der Gesamtstr., die deshalb mit deren Aufhebung wegfielen, andererseits: RG. III 23. Apr. 81, 8. Mai 93, E. 4 140, 24 149, Frank N. IV, Löwe-H. StPO. § 372 N. 4b, Katz GS. 36 589, welche das Prinzip auch auf die ausgeworfenen Einzelstrafen ausdehnen; dieser letzteren Ansicht ist auch RG. BStS. 18. Apr. 94 E. 25 297, wenn es die Frage, ob in dem Falle, daß ein Angekl. wg. mehrerer selbständiger Hdlgen zu einer Gesamtstrafe verurteilt ist, auf die eingelegte Revision aber nur die Feststellung einzelner dieser Hdlgen aufgehoben wird, die auf die anderen Feststllgen bezüglichen Einzelstrafen als solche regelmäßig bestehen bleiben und ob sie nur aufzuheben seien, falls in concreto die Annahme begründet

Digitized by Google

erscheine, daß die als vorliegend angenommene Konkurrenz schon die Bemessung der Einzelstrafen beeinflußt habe, bejaht hat; dementsprechend RG. IV 30. Okt. 94 E. 26 167 sowie RMG. I 7. März 01 E. 1 43.

§. 75.

Trifft Festungshaft nur mit Gefängniß zusammen, so ist auf jede dieser Strafarten gesondert zu erkennen.

Ist Festungshaft oder Gefängniß mehrfach verwirkt, so ist hinsichtlich der mehreren Strafen gleicher Art so zu verfahren, als wenn dieselben allein verwirkt wären.

Die Gesammtdauer der Strafen darf in diesen Fällen funfzehn Jahre nicht übersteigen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 73. StB. S. 1119.

TabaksstG. v. 16. Juli 1879 § 42; BraustG. v. 31. Mai 1872 § 37.

1) Wie die Motive ergeben, betrifft § 75 lediglich eine mit Rücksicht auf die eigentümliche Natur der Festungsh. als custodia honesta getroffene Ausnahme von der Regel des § 74 (das. N. 3), der im allgemeinen über das Zusammentreffen „zeitiger Freiheitsstrafen", abgesehen von Haft, verordnet. § 75 behandelt dagegen im besonderen den Fall des Zusammentreffens von Festungshaft und Gefängnis, gleichgültig ob daneben noch eine Geldstr. oder eine Nebenstr. verwirkt ist; ausschließen will er somit, da § 77 dem Zusammentreffen mit Haft gilt, im Grunde lediglich das Zusammentreffen der Festungsh. mit Zuchth.; in diesem S. ist das Wörtchen „nur" im Abs. 1 zu verstehen.

2) Über die Reihenfolge, in der beide Strafarten, auf die nach Abs. 1 „gesondert zu erkennen" ist, zu verbüßen sind, trifft weder das StGB. noch die StPO. Bestimmung. Nach EGStPO. § 6 können für diese Frage landesgesetzl. Vorschriften nicht mehr maßgebend sein; infolge des Schweigens der Reichsgesetze greift das Ermessen der Strafvollstreckungsbehörde Platz.

3) Treffen im Falle des Abs. 1 mehrfache Festungs- oder mehrfache Gefängnisstr. zusammen, so ist zufolge Abs. 2 eine Gesamtfestungs- bzw. eine Gesamtgefängnisstr. nach Vorschrift des § $74_{1,3}$ zu bilden.

4) Der Abs. 3 bezieht sich nicht minder auf Abs. 1 wie auf Abs. 2; denn da der Höchstbetrag der Festungsh. funfzehn, derjenige der Gefängnisstr. fünf Jahre beträgt (§§ 17_2, 16_1), so kann Abs. 3 möglicherweise auch schon beim Zusammentreffen einer Festungs- mit einer Gefängnisstr. Anwendung finden.

Über die Streitfrage, wie ev. die Zurückführung beider Strafarten einzutreten habe, vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Kommentars. Diesseits wird angenommen, daß das Ermessen des Richters nach den Umständen des Falles zu entscheiden habe (ebenso Frank N. II 2), während die meisten (so auch Finger I 546) eine Zurückführung beider Strafen in gleichem Verhältnisse eintreten lassen wollen.

5) Ausnahmsweise kann die funfzehnjährige Gesamtdauer erstreckt werden, und zwar bis auf siebzehn Jahre, wenn die an die Stelle von Geldstrafen tretenden Freiheitsstrafen zur Vollstreckung kommen; Thomsen MagfDR. I 15.

§. 76.

Die Verurtheilung zu einer Gesammtstrafe schließt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht aus, wenn diese auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten ist.

Ingleichen kann neben der Gesammtstrafe auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden, wenn dieses auch nur wegen einer der mehreren strafbaren Handlungen statthaft ist.

Digitized by Google

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 74.
TabaksteuerG. v. 16. Juli 1879 § 42; BraustG. v. 31. Mai 1872 § 37.

1) Da die Gesamtstr. eine einheitliche Strafe ist, so hätte es ohne eine ausdrückliche Bestimmung in Zweifel gezogen werden können, ob neben ihr die „Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte" ausgesprochen werden dürfe, wenn diese nicht neben allen Einzelstrafen, aus denen die Gesamtstr. gebildet ist, zulässig war. Daß auch in dem Falle, wenn die Aberkennung d. bürgerl. Ehrenr. nur „neben der einen oder der anderen" (so lautet abweichend vom Gesetze der Entw. II, ohne daß die RTverhdlgen eine Abänderung desselben ersehen lassen; vgl. StB. S. 239, 1149) verwirkten Einzelstr. zulässig oder geboten ist, auf VbEhrR. erkannt werden könne, sichert Abs. 1. Darüber, wann diese Nebenstr. „zulässig oder geboten" sei, vgl. § 32 N. 4.

Eine gleiche Bestimmung trifft Abs. 2 hinsichtlich der Nebenstr. der ZulvPolAufs. Darüber, wann diese „statthaft" sei, vgl. § 38, insbs. N. 3.

2) Im § 76 — namentl. im Abs. 2 — hat noch der weitere Gedanke Ausdruck gefunden, daß die bezeichneten Nebenstrafen „neben der Gesamtstrafe" als solcher erkannt werden; RMG. I 5. März 03 E. 4 248. Daraus folgt die strenge Anwendung der §§ 32—36 hinsichtlich des VbEhrR. sowie der §§ 38, 39 hinsichtlich der ZulvPolAufs. neben der Gesamtstr., d. h. namentlich: die Zeitdauer des VbEhrR. wird durch § 32_2 neben einer Gesamt-Zuchthausstr. auf zwei bis zehn, neben einer Gesamt-Gefängnisstr. auf ein bis fünf Jahre begrenzt und nach § 36 von dem Tage berechnet, an dem die Gesamtstr. verbüßt rc. ist (§ 32 N. 10); sowie ferner: die Befugnis zur Stellung unter PolAufs. währt nach § $38_{2,3}$ nur fünf Jahre, die von dem Tage der Verbüßung der Gesamtstr. berechnet werden (§ 38 N. 13). Dabei sind die Höchstbeträge der §§ 32, 35, 38 maßgebend. So: Geyer I 190, Hälschner I 690 N. 4, Merkel HH. 2 584, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 3 und speziell hinsichtlich des VbEhrR. (§ 32): RG. II 12. Mai 82 N. 4 479, Berlin 23. Mai 78 O. 19 278, Berner S. 303, H. Meyer S. 446.

Aus dem Gesagten folgt ferner, daß, wenn neben mehreren Einzelstr. eine der Nebenstr. zulässig sein würde, der Richter dennoch nicht deren Zeitdauer, wie er sie ev. neben der Einzelstr. bemessen haben würde, auszumessen braucht, ja nicht einmal ausmessen darf. Die Zeitdauer muß neben der Gesamtstr. einheitlich bestimmt werden; RG. II 6. Feb. 03 E. 36 88, Berlin 12. Dez. 77, 5. Juli 78, St. 8 161, O. 19 360.

Deshalb kann auch, wenn die Gesamtstr. infolge des § 79 erst nachträglich gebildet oder nachträglich verändert wird, eine Änderung der Nebenstrafen erfolgen und namentl. die Dauer des VbEhrR. verlängert werden, obschon kein einzelner der später zur Aburteilung gelangten Fälle diese Aberkennung rechtfertigen würde; so: Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze § 79 N. 7; aM.: München 30. Nov. 74 St. 4 250, Finger I 546 N. 705.

3) Das Prinzip des § 76, wie es soeben einerseits in N. 1, andererseits in N. 2 dargelegt ist, erscheint vermöge seiner inneren Berechtigung als ein allgemeines, das auf alle Nebenstrafen, ja selbst auf die polizeil. und den Charakter der Privatgenugtuung an sich tragenden Maßnahmen Anwendung finden muß; aM. Frank N. zu § 76. Aus dem Charakter der Gesamtstr., als dem einheitlichen Produkte mehrerer Einzelstrafen, folgt einmal, daß neben ihr erkannt werden darf bzw. muß; was neben einer der ihr zugrunde liegenden Einzelstrafen hätte erkannt werden dürfen bzw. müssen, wenn sie als solche zu verhängen gewesen wäre, dann aber, daß sie als eine einheitliche Strafe die Anlehnung für die Nebenstrafen bietet, diese folglich nicht neben den in ihr aufgegangenen Einzelstrafen verhängt werden. Vgl. Berlin 12. Dez. 77 St. 8 101. Wegen einer hieraus sich ergebenden Folge für den Fall der erfolgreichen Wiederaufnahme des Verfahrens in einem von mehreren Fällen s. RG. II 8. Apr. 02 E. 49 262.

Aus diesem letzteren Umstande ergibt sich, daß eine Nebenstr. dauernden Charakters, wie z. B. dauernde Unf., als Zeuge eidlich vernommen zu werden, stets, also auch bei Feststellung mehrerer mit einer Gesamt-Zuchthausstr. zu belegenden Meineide, nur einmal auszusprechen ist, daß ferner, wenn bei den Einzelstrafen verschiedene Nebenstrafen

Digitized by Google

zulässig sein würden, von denen ihrer Natur nach die eine die Wirkungen der anderen mitumfaßt, wie VbER. auf Zeit (§ 32_3) im Verhältnis zur UnfzV. öffentl. Ämter auf Zeit (§§ 128, 129, 358), nur die umfassendere Nebenstr. auszusprechen ist, falls nicht etwa die beschränktere auf eine längere Zeitdauer verhängt wird.

§. 77.

Trifft Haft mit einer anderen Freiheitsstrafe zusammen, so ist auf die erstere gesondert zu erkennen.

Auf eine mehrfach verwirkte Haft ist ihrem Gesammtbetrage nach, jedoch nicht über die Dauer von drei Monaten zu erkennen.

PrStGB. § 338. Entw. I § 345, II § 75. StB. S. 771.

MStGO. § 47_3; TabaksteuerG. v. 16. Juli 1879 § 42; BrausteuerG. v. 31. Mai 1872 § 37.

1) Die Motivierung dieser Bestimmung mit dem Charakter der Übertr. ist nicht mehr zutreffend, da nach den Beschlüssen des RT. auch die Verg. aus den §§ 140^2, 185, 186 mit Haft bestraft werden können. Geschieht solches, so gilt der § 77 ebenfalls; so die GM., insbs. Stuttgart 4. Dez. 72 St. 2 152. Insoweit hiernach § 77 eine für ein Verg. verwirkte Haftstr. betrifft, erscheint er als eine Ausnahme von § 74.

Über die Reihenfolge, in welcher die Haft und die anderen Freiheitsstrafen zu verbüßen sind, vgl. § 75 N. 2.

2) Mehrfach verwirkte Haft ist zu summieren, wobei jedoch ein Maximum von drei Monaten, statt bei der Einzelstrafe von sechs Wochen (§ 18_1) gesetzt ist. Werden auch die Einzel-Haftstrafen äußerlich in eine zusammengezogen, so entsteht dadurch doch keine Gesamtstr. i. S. des § 74_1, sondern vielmehr eine Gesamtbetragsstrafe.

Darüber, daß in das Maximum von drei Monaten eine für den Fall der Unbeibringlichkeit einer Geldstr. substituierte Haftstr. nicht einzurechnen ist, vgl. § 74 N. 17_2; so Thomsen MagDR. I 15; aM. Rubo N. 2.

§. 78.

Auf Geldstrafen, welche wegen mehrerer strafbarer Handlungen allein oder neben einer Freiheitsstrafe verwirkt sind, ist ihrem vollen Betrage nach zu erkennen.

Bei Umwandlung mehrerer Geldstrafen ist der Höchstbetrag der an die Stelle derselben tretenden Freiheitsstrafe zwei Jahre Gefängniß und, wenn die mehreren Geldstrafen nur wegen Übertretungen erkannt worden sind, drei Monate Haft.

PrStGB. §§ 56 Abs. I, 338. Entw. I §§ 65 Abs. I, 345, II § 76.

TabaksteuerG. v. 16. Juli 1879 § 42; BrausteuerG. v. 31. Mai 1872 § 37.

1) Bei Geldstrafen, mögen sie für V., V. oder Übertr. erkannt sein, gilt unbedingt das Häufungsprinzip. Sind mehrere Geldstrafen verwirkt, so wird aus ihnen keine Gesamtstr. i. S. des § 74_1 gebildet, doch können die Einzelbeträge zu einer Summe (als Gesamtbetragsstrafe) zusammengezogen werden.

Während die Häufung der Haftstrafen im § 77_2 durch einen Höchstbetrag beschränkt wird, findet sich ein solches für zusammentreffende Geldstrafen nicht.

Daß das Prinzip des § 78 auch gilt, wenn neben der Todesstr. Geldstrafen verwirkt sind, kann nicht bezweifelt werden; die Fassung der Bestimmung, die nur das Zusammentreffen mit „Freiheitsstrafen" erwähnt, ist nicht glücklich, aber das Häufungsprinzip gilt, soweit ihm nicht Bestimmungen entgegenstehen; § 74 N. 4.

2) Mildernde Ausnahmen vom Häufungsprinzip der Geldstrafen enthalten: BranntweinstG. v. 8. Juli 1868 § 67_2, BrausteuerG. v. 31. Mai 1872 § 37_2, TabaksteuerG. v. 16. Juli 1879 § 42_2, BranntweinstG. v. 16. Juni 1895 § 33, ZuckerstG. v. 27. Mai 1896 § 59, eine verschärfende, durch Aufstellung einer Präsumtion für Vorliegen einer Realkonk. enthält die GewerbeO. § 150.

Digitized by Google

3) Durch die (nach RG. III 3. Juli 90 E. 21 44 auch f. d. Fall mehrerer real konkurrierender Defrauden trotz BJG. § 162 Anwendung findende) Vorschrift des Abs. 2 wird das bei den Geldstrafen unbedingt zur Anwendung kommende Häufungsprinzip wenigstens für den Fall der Umwandlung der Geldstrafen in Freiheitsstrafen gemäß §§ 28, 29 gemildert.

Mit der auf Beschluß des RT. eingeschalteten Bestimmung des § 28_2 (das. N. 6) steht § 78_2 offenbar nicht in Übereinstimmung.

Bei der Auslegung der letzteren Gesetzesbestimmung wird man zunächst deren Zusammenhang mit § 29_2 sich zu vergegenwärtigen haben; gegenüber den Höchstbeträgen der Freiheitsstr., welche an Stelle Einer Geldstr. treten darf, gilt für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Geldstrafen das Verdoppelungsprinzip; hier sind statt ein J. Gefängnis zwei J. und statt sechs Wochen Haft drei Monate gestattet; Thomsen MagDR. 1 2 ff. Demgemäß sind die Worte „wenn die mehreren Geldstrafen nur wegen Übertretungen erkannt worden sind" mit Rücksicht auf § 28_2 dahin auszulegen: „wenn an die Stelle mehrerer Geldstrafen nur Haftstrafen treten", mag es sich dabei handeln um Geldstrafen, die erkannt sind nur wegen Übertr. oder nur wegen Verg. oder wegen Übertr. u. Verg.; RG. II 27. Jan. 82, I 2. Jan. 83, E. 5 371, 7 368, Finger 1 548, H. Meyer S. 445 N. 16, Rüb.-St. N. 3, Oppenh.-D. N. 5, Thomsen aO. S. 13.

Nach der von Rüb.-St. N. 3 mitgeteilten Entstehungsgeschichte i. V. mit der Bestimmung des § 77_1, wonach Haft neben den anderen Freiheitsstrafen, selbst in ihren Höchstbeträgen nach § 77_3, selbständig zu erkennen ist, muß angenommen werden, daß, wenn mehrere Geldstrafen in Gefängnis und eine oder mehrere in Haft oder umgekehrt umzuwandeln sind, neben „zwei Jahre Gefängnis" noch Haft bis zu sechs Wochen bzw. drei Monaten und umgekehrt neben „drei Monate Haft" noch Gefängnis bis zu Einem bzw. zwei Jahren treten kann. So auch Thomsen aO. S. 12. AM.: Finger 1 548 N. 707, Geyer HRl. „Konkurrenz", Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 2, die Gesamtdauer dürfe eine Freiheitsstr. von zwei Jahren nie überschreiten; nach Rubo N. 1 soll eine „zweijährige Gefängnisstr." nicht überschritten werden dürfen.

4) Die substituierten Gefängnisstrafen sind, wenn die an erster Stelle erkannten Geldstrafen neben Zuchthaus erkannt waren, nach § 28_3 (das. N. 10) in Zuchthausstr. umzuwandeln.

Wegen Zahlung eines Teiles der Geldstrafen nach einer unter Zurückführung auf den zulässigen Höchstbetrag geschehenen Umwandlung vgl. § 29 N. 7.

5) Unzulässig ist es, trotz des inkorrekt im Abs. 2 gebrauchten Singulars „Freiheitsstrafe", aus den den einzelnen Geldstrafen zu substituierenden Freiheitsstrafen eine „Gesamtstrafe" i. S. des § 74 zu bilden, da von einer solchen nur beim Zusammentreffen mehrerer an erster Stelle verwirkter Freiheitsstrafen die Rede sein kann; deshalb darf zur Feststellung der zu substituierenden Freiheitsstr. auch nicht von dem Gesamtbetrage der verwirkten Geldstrafen ausgegangen werden, sondern es ist unter Zugrundelegung der einzelnen verwirkten Geldstrafen deren Umwandlung zu bewirken und darnach unter Berücksichtigung der im § 78_2 vorgesehenen Einschränkung die zu substituierende Freiheitsstr. zu bestimmen; so die GM., insbs.: RG. III 9. Juli 81, 15. Apr. 82 E. 4 367, R. 4 325. Übrigens darf beim Zusammentreffen mehrerer, wegen mehrerer selbständiger Straftaten erkannter Geldstr. die an Stelle einer Geldstr. tretende Gefängnisstr. nicht mehr als 1 J. betragen (§ 29_2).

Ebenso unzulässig ist eine Vereinigung der substituierten Freiheitsstrafen mit den prinzipalen zu einer Gesamtstr.; Oppenh.-D. N. 6, Thomsen MagDR. 1 14 N. *.

6) Die Verjährung der nach § 78 erkannten mehreren Geldstrafen erfolgt für jede besonders; vgl. § 70 N. 7_3.

§. 79.

Die Vorschriften der §§. 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurtheilung

Digitized by Google

wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurtheilung begangen war.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 66, II § 77. StB. S. 239 f., 1149.

Vgl. StPO. § 492; GerichtskostenG. v. 18. Juli 1878 § 60; MStGO. § 461.

Anwendung d. § 79: 11 ff., insbs. b. Gesamtstr. 12, b. Strafenkumulation 16, nachträgliche 19.
„Bevor" 8.
Einzelstrafen, Bemessung 11, nachträgl. Bestimmung 13.
Entscheidung, frühere, maßgebend 11, ausnahmsw. Abänderung 11, 13.
Feststellung 8.
Gesamtstrafe 12 ff.
Nachtragsverfahren 20.
Nebenstrafen 17.
Rechtskraft s. Verurteilung.
Strafe, frühere, Erhöhung? 14, erlassen, verbüßt, verjährt 8 c, a, b.
Strafenkumulation 16, -Umwandlung 12.
Verjährung d. Strafvollstr. 21.
Verkündung d. früheren Urt. 6.
Verurteilung, frühere, Aufhebg. 6 Abs. 2, Beginn d. Vollstrg. 18, Eintritt d. Rechtskraft 6, auf Grund welches Gesetzes? 3, wg. einer früheren Hdlg. 2 c, 8, inländische 4, Rechtskraft, Voraussetzg.? 7, Verkündung 6, Zeitpunkt, entscheidender 9.
Voraussetzungen d. § 79: 2—10.
Vor d. früheren Verurtlg. 6.
Wegfall d. früheren Strafe 12 c, d.
Wirksamkeit innerhalb d. Bundesgebietes 5.
Zweck d. § 79: 1.
Zusatzstrafe 12 b.

1) Der § 79 sichert, unter gewissen Voraussetzungen, die Anwendung der Vorschriften der §§ 74—78 auch für den Fall des Aufeinanderfolgens mehrerer Strafurteile gegen dieselbe Person in verschiedenen Strafverfahren; er bleibt deshalb außer Betracht, wenn in einem und demselben Strafverfahren infolge etwaiger Beschränkung der Berufung auf eine einzelne Straftat die mehreren zusammentreffenden Handlungen durch aufeinanderfolgende Urteile verschiedener Instanzen zur Feststellung gelangen.

Wenn Binding Grundr. S. 245 f. hervorhebt, daß diejenigen Vorschriften der §§ 74—78, welche das Häufungsprinzip aufstellen, in ihrer Anwendung beim Zusammentreffen mehrerer strafb. Hdlgen überhaupt ein Besonderes nicht enthalten, und daß daher die Anfangsworte des § 79 einschränkend zu erklären seien, so ist diese Bemerkung deshalb nicht zutreffend, weil die §§ 74—78 das reine Häufungsprinzip, ohne jede Milderung, gar nicht kennen (vgl. §§ 75_3, 77_2, 78_2).

Voraussetzungen des § 79. N. 2—10.

2) Der Fall des § 79 liegt beim Zusammentreffen folgender Voraussetzungen vor:

a. Begehung einer oder mehrerer strafbarer Handlungen,

b. nachfolgende Verurteilung wegen einer anderen strafbaren Handlung und

c. demnächstige Verurteilung wegen der zuerst bezeichneten Straftaten, bevor die zu b erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Wie die Motive hervorheben, liegt die zweite Voraussetzung vor, sowohl wenn die Verurteilung wegen mehrerer strafb. Hdlgen unter Anwendung der §§ 74—78 erfolgte, als auch wenn sie nur wegen einer Hdlg. erfolgt war, so daß nunmehr erst eine Realkonk. sich herausstellt. Sie liegt aber ferner auch alsdann vor, wenn nach der noch abzuurteilenden Hdlg. mehrere Verurteilungen aufeinander erfolgt sind, und zwar in dem Falle, wenn bei einer der folgenden Verurteilungen übersehen ist, daß eine Realkonk. mit dem vorher abzuurteilenden Falle obwaltete; Oppenh.-D. N. 13, Olshausen Vorbemk. S. 32, 66.

3) Fraglich ist bezüglich der in N. 2 b bezeichneten Voraussetzung, ob die „frühere Verurteilung" auf Grund des RStGB. ausgesprochen sein müsse. Bei der nachträglichen Anwendung der §§ 74—78 sind die Gesichtspunkte entscheidend, daß erstens die erkannte Strafe — nicht mehr die Straftat selbst — in Betracht kommt, zweitens aber das Verhältnis der bereits erkannten Strafe zu der noch zu erkennenden feststehen muß. Läßt ein Vergleichungsmaßstab zwischen der auf Grund eines anderen StGB. erkannten Strafe und der auf Grund des RStGB. zu erkennenden Strafe sich finden, so steht der Anwendung des § 79 nichts entgegen, wenn auch die frühere Verurteilung nicht auf Grund des RStGB. ausgesprochen war. Dieser Vergleichungsmaßstab kann entweder durch positive Bestimmung festgesetzt sein, z. B. durch eine auf Grund des EG. § 8 erlassene landesgesetzl. Übergangsbestimmung, oder er kann auf Grund der Entstehungsgeschichte des RStGB. zu gewinnen sein; auf letzterem Wege gelangt man zu dem Resultat, daß bei der wesentlichen Gleichheit der Strafensysteme des PrStGB. (sowie der ihm nachgebildeten StGBB.) und

Digitized by Google

des RStGB. ein Vergleichungsmaßstab zwischen den auf Grund beider erkannten Strafen zu finden ist, so daß § 79 auch dann zur Anwendung kommt, wenn die frühere Strafe auf Grund des PrStGB. verhängt war (EG. § 6 N. 3); so: H. Meyer S. 447, Rüb.-St. N. 3, Olshausen Vorbestr. S. 33—42; aM. einerseits v. Schwarze N. 10, der § 79 in diesem Falle niemals anwendet, andererseits Merkel HH. 4 234 u. Oppenh.-D. N. 12, insofern sie § 79 unbedingt, nötigenfalls im Wege der Analogie verwirklichen wollen.

4) Die die zweite Voraussetzung bildende „frühere Verurteilung" muß eine inländische sein; zunächst wird zwischen einer auf Grund eines ausl. Strafges. erkannten Strafe und einer solchen des StGB. ein Vergleichungsmaßstab häufig nicht zu gewinnen sein (N. 3), dann aber fällt ins Gewicht, daß ausl. Urteile selbst für die Straferhöhung beim Rückfall außer Betracht bleiben, obgleich es dabei nur auf die Bestrafung und Verbüßung überhaupt, nicht auf die Beschaffenheit der erkannten Strafe ankommt (§ 244), endlich auch, daß die Anwendung der §§ 74—78 im Falle des § 79 unter Umständen eine Änderung der früheren Straffestsetzung bzw. der bereits begonnenen Strafvollstreckung mit sich führt, ein derartiger Eingriff in die Justizhoheitsrechte eines fremden Staats aber unausführbar ist bzw. umgekehrt die inl. Gerichte nicht als Organe einer ausl. Justizgewalt zu fungieren haben. So: Binding Grundr. S. 246, Hälschner 1 692, Merkel HH. 4 233, Oppenh.-D. N. 16, Rüb.-St. N. 5, Olshausen Vorbestr. S. 42.

5) Schon vor Inkrafttreten des GVG. und der StPO. war anzunehmen, daß § 79 eine für das ganze Bundesgebiet gültige und alle innerhalb desselben tätigen Gerichte bindende Regel aufstelle, so daß er auch zur Anwendung zu bringen war, wenn das frühere Urteil in einem anderen Bundesstaate als das noch zu fällende ergangen war. Der hierüber früher herrschende Streit ist seit Geltung jener für das Bundesgebiet erlassenen Gesetze, die prinzipiell zwischen den Gebieten der verschiedenen Bundesstaaten nicht unterscheiden — vgl. insbs. GVG. Tit. XIII „Rechtshilfe" — beseitigt. Die materielle Vorschrift des § 79 hat nunmehr jedenfalls die, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochene, so doch im Wesen jener Gesetze liegende, formelle Ergänzung erfahren. So die GM.

6) Die noch abzuurteilende Tat muß „vor der früheren Verurteilung" wegen einer anderen Tat begangen sein; ist sie erst nachher begangen, so findet § 79 keine Anwendung; RG. III 12. Mai 80 N. 1 761. Dies ist näher dahin zu bestimmen, daß § 79 auch auf solche Hdlgen nicht zu beziehen ist, die nach der früheren Verurteilung, aber vor Eintritt ihrer Rechtskraft begangen sind. Dem § 79 liegt, wie namentl. der ihm entsprechende § 66 Entw. I und dessen Motive ergeben, der Gedanke zugrunde, daß die Sache für den Angeklagten bei der zweiten Aburteilung in die Lage gebracht werden soll, als wenn beide Taten durch die erste Entscheidung mit Strafe belegt worden wären. Die Verkündung des ersten verurteilenden Urteils, gleichgültig welcher Instanz, ist maßgebend. So: RG. I 10. Jan. 81 E. 3 213, RMG. I 5. Mai 02 E. 3 26, Binding Grundr. S. 246, Geyer HRl. „Konkurrenz", Hälschner 1 692, v. Liszt S. 248, Merkel HH. 4 235, H. Meyer S. 447, Frank N. II 1, Oppenh.-D. § 74 N. 19, v. Schwarze N. 2, Harseim GS. 27 466, Olshausen Vorbestr. S. 47 ff. AM.: Berlin 16 Okt. 72, 4. Apr. 76, St. 2 77, 6 171, Schütze S. 201 N. 29, Rubo N. 4, Meves StRZ. 13 170. Der Verkündung steht die Zustellung (StPO. § 35) gleich, wenn die Strafe durch einen Strafbefehl (das. § 450) o. in ähnlicher Weise festgesetzt worden; München OberstesLG. 8. Jan. 01 E. 1 225.

Der obige Grundsatz muß folgerichtig auch dann gelten, wenn das frühere Urteil durch das Berufungs- o. Revisionsgericht aufgehoben wird (StPO. §§ 369, 393) und erst demnächst in erster o. höherer Instanz ein neues verurteilendes Urteil ergeht; die strafb. Hdlgen, welche zwischen diesen beiden Urteilen begangen werden, kommen für § 79 nicht in Betracht; so: Merkel HH. 4 235 N. 7, v. Schwarze N. 5, Olshausen aO. S. 53, Gerland KrVJSchr. 45 450; aM.: RG. III 5. Apr. 00 E. 33 231, RMG. I 7. Apr. 02 E. 2 261, Finger 1 551, während Rüb.-St. N. 8 unterscheiden will. Deshalb findet § 79 auch dann keine Anwendung, wenn die neue Straftat nach einer Verurteilung erfolgte, bezüglich welcher ein Wiederaufnahmeverfahren stattfand, mag solches zur Aufhebung der

Digitized by Google

früheren Verurteilung geführt haben oder nicht; so für den letzteren Fall RG. I 5. Apr. 86 R. 8 253 (vgl. über dieses das zit. RG. E. 33 231).

7) Eine andere, jedoch manchmal von der in voriger N. behandelten nicht scharf auseinander gehaltene Frage (vgl. z. B.: Berlin 16. Okt. 72 St. 2 77, Schütze S. 201 N. 19) ist die, ob § 79 zu seiner Anwendung erfordere, daß das erste verurteilende Urteil zur Zeit der Aburteilung der noch in Frage stehenden strafb. Hdlg. bereits rechtskräftig geworden sei. Wie nicht verkannt werden kann, ist ein rechtskräftiges Urteil geeigneter, die Grundlage für eine nach § 79 zu erkennende Zusatzstr. abzugeben, als ein noch anfechtbares; doch folgern manche aus dem Schweigen des § 79 darüber, ob die „erkannte Strafe" rechtskräftig geworden sein müsse, daß die Nichtberücksichtigung einer noch nicht rechtskräftigen Straffestsetzung eine Verletzung des § 79 enthalten würde. So: Merkel HH. 4 235, H. Meyer S. 448, Oppenh.-D. N. 5, Olshausen Vorbestr. S. 55 ff., Reiffel GS. 37 495. Vorwiegend wird jedoch, und zwar in Berücksichtigung der StPO., die ein bedingtes Urteil nicht kennt, mit Recht angenommen, daß § 79 ein rechtskräftiges früheres Urteil voraussetze; so: Berlin 21. Sept. 76, 5. Sept. 77, St. 6 170, O. 18 546, Dresden 1. Aug. 73 St. 3 87, München 9. Apr. 77, 26. Apr. 78, St. 7 29, 8 97, Binding Grundr. S. 246, Finger 1 551, Frank N. II 1, v. Schwarze N. 4, Harseim GS. 27 470. Eine Mittelmeinung vertritt RG. III 6. Juli 81 E. 5 1, II 4. Okt. 81, 31. Jan. 82, FS. 27. Juli 83, III 14. März 87, R. 3 592, 4 102, 5 522, 9 177 (ebenso Geyer 1 190) dahin, daß es zwar statthaft sei, mit Bezug auf ein früheres noch nicht rechtskräftiges Urteil eine Gesamtstr. auszusprechen (unter Berücksichtigung der eintretenden Möglichkeiten; N. 18), daß es jedoch nicht rechtsirrtümlich sei, wenn das Gericht in einem solchen Falle nur die Einzelstr. ausspreche, die Festsetzung der Gesamtstr. aber einer nach StPO. § 492 zu fällenden Nachtragsentscheidung überlasse (N. 19), somit aus Zweckmäßigkeitsgründen von der Anwendung des § 79 absehe.

8) Die dritte Voraussetzung des § 79 (N. 2c) muß vom Richter bei Anwendung des § 79 ausdrücklich als vorliegend festgestellt sein; so: RG. II 28. Nov. 79 R. 1 102, Berlin 16. Okt. 72 O. 13 529; aM. Oppenh.-D. N. 22. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und deshalb mit der Revision nicht anfechtbar; RG. IV 5. Nov. 95 G. 43 394. Im übrigen ist der Ausdruck „bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist", wie die Motive klar ergeben, auf den Fall zu beziehen, „wenn die früher erkannte Strafe durch Verbüßung noch nicht erledigt ist"; das ist sie aber erst nach Eintritt einer vollständigen Verbüßung (anders § 244 N. 6), die jedoch i. S. dieser Gesetzesvorschrift nur von der Hauptstr. zu verstehen ist. So: Geyer HRl. „Konkurrenz", H. Meyer S. 449, Oppenh.-D. N. 19, v. Schwarze N. 3, Olshausen Vorbestr. S. 58. AM. Merkel HH. 4 236.

Bezüglich des „verbüßt, verjährt oder erlassen" (§ 36) ist hervorzuheben:

a) „Verbüßt"; eine begonnene Strafvollziehung kann zwar trotz Überführung des Sträflings in ein Untersuchungsgef. fortgesetzt und dort beendet werden, aber nur auf Grund einer Willenserklärung der mit der Strafvollstreckung betrauten Behörde; ohne solche findet durch die Versetzung in das Untersuchungsgef. eine Unterbrechung der Strafhaft statt; RG. III 16. Nov. 80 R. 2 456.

b) Wegen „verjährt" vgl. §§ 70 ff.

c) Wann eine Strafe „erlassen" ist, entscheidet sich nach dem Inhalte des btr. Gnadenaktes; demnach wird, wenn der Rest der Strafzeit ohne genauere Bestimmung des Zeitpunktes erlassen wird, die Strafe erst nach der Ausführung des Gnadenaktes als erlassen anzusehen sein; Darmstadt 27. Aug. 77 G. 25 464.

9) Darüber, welches im Verhältnis zu der anderen die „frühere" und welches die spätere Verurteilung sei, entscheiden stets die Zeitpunkte, zu welchen die ersten verurteilenden Urteile gefällt wurden; München 30. Dez. 75 St. 5 278. Deshalb bleibt dem Angeklagten die Anwendung der Grundsätze der §§ 74—78 erworben, wenn die Verurteilung bereits in erster Instanz vor Vollendung der Verbüßung erfolgt war, sollte auch die Verbüßung vor Fällung des Urteils höherer Instanz vollendet werden und dieses sogar die Verurteilung erster Instanz abändern, oder selbst aufheben u. die Sache an die

Digitized by Google

Vorinstanz zurückverweisen; so: Oppenh.-D. N. 21, Olshausen Vorbestr. S. 58 ff.; aM., wenigstens für den Fall der Aufhebung des ersten Urteils u. Zurückverweisung an die Vorinstanz, RG. II 28. Nov. 79 N. 1 102, 3. Feb. 99 E. 32 7.

10) Von anderen Voraussetzungen als den in N. 2 bezeichneten ist die Anwendung des § 79 nicht abhängig gemacht. Namentl. ist es weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinne des § 79 vereinbar, die durch ihn gewährte Rechtswohltat einem Angeklagten zu versagen, weil äußere Umstände (z. B. beim Ehebruch das Fehlen der Ehescheidung; § 172) die Erstreckung des früheren Strafurteils auf die damals schon verübte Tat verhinderten (RG. I 6. Nov. 82 E. 7 298), oder weil möglicherweise die eine oder andere Einzelstrafe wegen Unausführbarkeit noch erforderlicher Feststllgen unberücksichtigt bleiben mußte; RG. IV 22. Feb. 98 G. 46 137; vgl. auch II 20. Feb., FS. 27. Juli 83, E. 8 62, N. 5 522 sowie N. 11_3.

Anwendung der Vorschriften der §§ 74—78. N. 11—18.

11) Unterstehen eine oder mehrere Straftaten, bezüglich deren die Voraussetzungen des § 79 vorliegen, der Aburteilung, so hat der Richter zunächst für eine jede die sie treffende Strafe besonders auszumessen. Demnächst erst sind die Vorschriften der §§ 74—78 zur Anwendung zu bringen und zwar auf die neuerdings ausgeworfenen Strafen und auf die früher erkannte Strafe, oder, falls früher eine Gesamtstr. erkannt war, auf die dieser zugrunde liegenden Einzelstrafen bzw. auf die durch frühere verschiedene Urteile erkannten, nicht zu einer Gesamtstrafe verbundenen Einzelstrafen (RG. IV 24. Okt. 84 N. 6 652, I 1. Nov. 86 E. 15 29). Daß in dieser richtigen Weise vorgegangen sei, muß aus dem Urteil ersichtlich sein; Berlin OAG. 14. Sept. 72, OTr. 5. Juli 78, St. 2 29, 8 103.

Bei diesem Verfahren ist der Natur der Sache nach der später urteilende Richter an die frühere Entscheidung sowohl hinsichtlich der Schuldfeststellung, als auch des Strafmaßes gebunden; Merkel HH. 4 236, Schütze S. 202, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 9, Olshausen Vorbestr. S. 60.

Andererseits aber folgt aus der positiven Vorschrift des § 79, daß die früheren Strafsfestsetzungen, trotz der etwaigen Rechtskraft des älteren Urteils, insoweit eine Abänderung erfahren müssen, als dies durch die anzuwendenden Bestimmungen der §§ 74—78 geboten ist. Allerdings enthält die StPO. keine Bestimmung, welche den Richter zur Änderung eines von ihm selbst oder sogar von einem anderen Richter (womöglich eines anderen Bundesstaates; s. o. N. 5) in einer anderen Sache erlassenen Urteils formell ermächtigt, allein die Ermächtigung liegt materiell schon im § 79, und der Richter muß, da dessen Ausführung prozessual keineswegs unmöglich ist, demgemäß verfahren, nicht aber § 79 außer Betracht lassen, so daß demnächst nachträglich das Verfahren nach StPO. §§ 492, 494 einzutreten haben würde; es würde hierin eine Verletzung des § 79 durch Nichtanwendung liegen. So: RG. II 22. Juni 80, 20. Feb. 83, E. 2 198, 8 62, I 6. Okt. 81 N. 3 602, Rüb.-St. N. 13, Löwe-H. StPO. § 492 N. 1a. Etwas anderes ist es, wenn von der Anwendung des § 79 in Hinsicht auf die Möglichkeit der nachträglichen Anwendung deshalb abgesehen wird, weil behufs Anwendung des § 79 bei der Urteilsfällung noch Feststellungen erforderlich sein würden, die entweder zur Zeit unausführbar sind oder wenigstens eine unverhältnismäßige Herausschiebung der Urteilsfällung bedingen würden; vgl. das N. 10 zit. RG. G. 46 137, sowie IV 14. Mai 01 E. 34 267.

12) Die Anwendung der §§ 74—78 kommt zunächst für den Fall in Betracht, daß eine Gesamtstrafe zu verhängen ist. Vgl. Olshausen Vorbestr. S. 61 ff.

a) Die frühere Strafe ist der Strafart nach die schwerere und deshalb nach $§ 74_2$ zu erhöhen; demgemäß muß die neuerdings ausgeworfene Gefängnis- o. Festungsstr. nach § 21 in Zuchthausstr. umgewandelt werden — vgl. z. B. Berlin OAG. 15. Juni 72 St. 1 338 —, wodurch ersichtlich wird, welche Strafe nunmehr mit Rücksicht auf ihre Dauer die schwerere und deshalb die Einsatzstr. ist.

b) Die frühere Strafe ist, entweder von vornherein oder nach Umwandlung der späteren Strafe in Zuchth. gemäß dem zu a Bemerkten, der Dauer nach die schwerere und deshalb nach $§ 74_1$, jedoch unter der aus Abs. 3 sich ergebenden Beschränkung, zu erhöhen,

Digitized by Google

wobei das zu § 74 N. 16 Abs. 2, 3 Bemerkte Anwendung findet. Korrekterweise muß in diesem Falle im verfügenden Teile des später ergehenden Urteils unter Wegfall der früher verhängten Strafe eine Gesamtstr. ausgesprochen werden; H. Meyer S. 448, v. Schwarze N. 7.

Allein es liegt in der weitverbreiteten, von Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 9 sowie auch von H. Meyer gebilligten Praxis der Verhängung einer sog. Zusatzstrafe, wenn nur materiell richtig verfahren wird, keine Gesetzesverletzung (aM. Merkel HH. 4 235 N. 15), während freilich andererseits die Bezeichnung der Strafe als Zusatzstr. nicht genügt, um von der zunächst erforderlichen Bestimmung der Einzelstr. und der materiell richtigen Bildung der Gesamtstr. abzusehen; Berlin 4. Okt. 76, 5. Juli 78, O. 17 641, 19 360.

c) Die spätere Strafe ist der Art nach die schwerere, deshalb zunächst die früher erkannte Gefängnis- o. Festungsstr. in Zuchth. umzuwandeln, alsdann aber die nunmehr der Dauer nach schwerere Strafe als Einsatzstr. zur Gesamtstr. zu erhöhen. Hier muß, da von einem zusätzlichen Erkennen nicht die Rede sein kann, die Gesamtstr. im verfügenden Teil des späteren Urteils ausgesprochen und gleichzeitig die frühere Strafe als „wegfallend" bezeichnet werden. So: Berlin 15. Juni 72, 23. Sept. 73, O. 13 361, 14 568, Geyer HRR. „Konkurrenz", Oppenh.-D. N. 9, Rüd.-St. N. 9, der allerdings den weniger zutreffenden Ausdruck „Erledigung der früheren Strafe" braucht; auch RG. II 22. Juni 80 E. 2 198, jedoch mit der Ausführung, daß bei materiell richtiger Strafberechnung wegen fehlender Beschwerung des Angekl. eine Aufhebung des Urteils nicht zu erfolgen habe, indem die Umwandlung der früher erkannten Gefängnisstr. zufolge Rechnungsoperation in einem Nachtragsverfahren gemäß StPO. §§ 492, 494 stattfinden könne.

In allen zutreffenden Fällen hat übrigens die Umwandlung der Gefängnisstr. in Zuchth. selbst dann zu geschehen, wenn jene als Einzelstr. auf Grund des § 57[2] an Stelle von Zuchth. zu erkennen war (vgl. § 74 N. 15); RG. IV 24. Okt. 84 N. 6 652.

d) Die spätere Strafe ist, entweder von vornherein oder nach Umwandlung in Zuchth. gemäß dem zu a Bemerkten, der Dauer nach die schwerere und deshalb als Einsatzstr. zur Gesamtstr. zu erhöhen; wenn jedoch hier nicht, wie korrekterweise geschehen müßte, auf die ermittelte Gesamtstr. „unter Wegfall" der früheren Strafe (so auch RG. I 24. Apr. 84 N. 6 292), sondern nur auf eine Zusatzstr. erkannt wird, so kann darin — bei materiell richtigem Verfahren — die Verletzung einer Rechtsnorm nicht gefunden werden (vgl. o. zu b u. c).

13) Wenn es nach dem oben Bemerkten auf die nachträgliche Bildung einer Gesamtstr. ankommt, das frühere Urteil jedoch auch schon eine Gesamtstr. aussprach, der Richter aber versäumt hatte, die Einzelstrafen festzusetzen, so muß insoweit gegen die Regel (N. 11) der spätere Richter materiell auf das frühere Urteil eingehen und durch nachträgliche Bestimmung der Einzelstrafen die Unterlassung des früheren Richters heilen; anderenfalls würde er sonst nicht in der Lage sein, dem § 79 gemäß zu verfahren; so: RG. II 20. Feb. 83 E. 8 62, FS. 27. Juli 83 N. 5 522, Olshausen Vorbestr. S. 66; aM. Reiffel GS. 37 480.

14) Der später urteilende Richter braucht eine bereits früher erkannte Gesamtstrafe, wie aus den Ausführungen der N. 11 u. 12 erhellt, nicht unter allen Umständen zu erhöhen; ist die Erhöhung nicht durch die Höhe der von ihm erkannten Strafe — als der schwersten — geboten, so unterliegt es seiner freien Beurteilung, ob eine Erhöhung der früheren Gesamtstr. einzutreten habe oder ob diese für ausreichend zu erachten sei. So: RG. III 13. Mai 82 E. 6 283, Finger 1 553, Geyer 1 191, H. Meyer S. 448, Oppenh.-D. N. 14, v. Schwarze N. 8, auch Binding Grundr. S. 248, der jedoch mit Unrecht darauf Gewicht legt, ob der erste Richter, wenn sein Urteil auch auf den später abzuurteilenden Konkurrenzfall sich mit erstreckt hätte, die Gesamtstr. erhöht haben würde oder nicht. Hier entscheidet vielmehr das freie Ermessen des später urteilenden Richters.

Unter Umständen darf der später urteilende Richter keine Erhöhung eintreten lassen, dann nämlich nicht, wenn der frühere Richter das für mehrere strafb. Hdlgen zulässige Maß der Gesamtstr. (§ 74$_3$) bzw. des Gesamtbetrages der einzelnen Haftstrafen (§ 77$_2$) bereits ausgesprochen hatte; RG. IV 8. Apr. 02 G. 49 262.

15) Besondere Schwierigkeiten bietet die nachträgliche Bildung einer Gesamtstr., wenn in dem späteren Verfahren mehrere Straftaten abzuurteilen sind, von denen ein Teil

Digitized by Google

unter die Bestimmung des § 79 fällt, ein anderer dagegen nicht, oder wenn eine Tat (als dritte) zur Aburteilung gelangt, welche begangen ist zwar nach der ersten Verurteilung wegen einer Straftat, aber vor der Nachtragsverurteilung wegen einer anderen Straftat. In solchen Fällen müssen die milderen Bestimmungen der §§ 74—78 zur Anwendung gebracht werden, einmal hinsichtlich der früher bereits abgeurteilten Straftat und derjenigen noch abzuurteilenden, hinsichtlich welcher § 79 vorliegt, dann aber bezüglich der noch abzuurteilenden Hdlgen unter sich, bzw. einmal bezüglich der beiden zuerst, dann bezüglich der beiden zuletzt abgeurteilten Straftaten. Vgl. das Nähere bei Olshausen Vorbestr. S. 68, dem Riß DJZ. 3 488 beitritt. AM.: RG. II 5. Apr. 81 E. 4 53, I 24. Apr. 84, 29. Okt. 88, N. 6 292, E. 18 333, München ObersteLG. 20. Dez. 02 E. 3 149, von den später zur Aburteilung kommenden Fällen seien nur die vor der früheren Verurteilung liegenden dem § 79 zu unterstellen und in die zu erkennende Gesamtstrafe einzubegreifen, die später liegenden dagegen einer selbständigen vom § 79 unabhängigen Beurteilung in Beziehung auf die Strafausmessung zu unterwerfen.

Dieser letzteren Ansicht entsprechend verfährt RG. I 1. Juni 93 E. 24 185 für den Fall der späteren Aburteilung einer Straftat, wenn das zu berücksichtigende frühere Urteil eine Mehrheit von strafb. Hdlgen zum Gegenstande hat, von denen ein Teil bereits mit noch früher abgeurteilten nach § 79, der andere nach § 74 zur Bildung von Gesamtstrafen geführt hatte.

16) Die Anwendung der §§ 74—78 bedarf ferner einer Erörterung für den Fall, wenn zwar Strafenhäufung einzutreten hat, die Häufung jedoch gewissen Beschränkungen unterliegt; Olshausen Vorbestr. S. 70 ff.

a) Beim Zusammentreffen von Festungsh. mit Gef. oder von Haft mit Haft sind die Vorschriften der §§ 75_3, 77_2 zu berücksichtigen. Hat danach eine Ermäßigung stattzufinden, so ist dieses und die Art der Ermäßigung in der Urteilsformel zum Ausdruck zu bringen, während sonst eine Andeutung über das Verhältnis beider Urteile zu einander nicht notwendig ist.

b) Beim Zusammentreffen mehrerer Geldstrafen ist bezüglich deren Umwandlung die Vorschrift des $§ 78_2$ zu beachten; vgl. außerdem $§ 28 N. 10_2$.

17) Hinsichtlich der Nebenstrafen im allg. ist das § 76 N. 3 Gesagte, hinsichtlich des VbER. und der ZulPolAuff. im bes. das § 76 N. 1, 2 Bemerkte zu beachten.

18) Ist mit der Vollstreckung der durch die frühere Verurteilung zuerkannten Strafe bereits begonnen, so ist hierauf im verfügenden Teil des späteren Urteils dennoch keine Rücksicht zu nehmen, sondern nur in den Gründen auszusprechen, daß der verbüßte Teil — ev. nach Umwandlung in Gemäßheit des § 21 — auf die Gesamtstr. anzurechnen sei. Der Richter wird bei Fällung des Urteils meist nicht einmal genau wissen, wie weit die Vollstreckung gediehen sei, aber auch abgesehen davon betrifft jener Umstand nicht die Festsetzung der Strafe, sondern nur deren Vollstreckung; die Frage ist daher zunächst von der Strafvollstreckungsbehörde zu lösen und nur bei entstehendem Zweifel über die Berechnung der noch zu verbüßenden Strafe — durch Abrechnung der bereits verbüßten von der erkannten Gesamtstr. — wird gemäß StPO. § 490 die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen sein und zwar ev. desjenigen, welches unter analoger Anwendung des an sich einen anderen Fall (N. 19) betreffenden $§ 494_2$ das. für zuständig zu erachten ist. So: Berlin 23. Sept. 73 O. 14 568, H. Meyer S. 449, Rubo N. 2. AM.: Dresden 20. Dez. 72, München 19. Jan. 74, St. 2 265, 3 301, Merkel HH. 4 236, Rüd.-St. N. 9 u. v. Schwarze N. 7, die eine Rücksichtnahme auf die Verbüßung in der Urteilsformel selbst für notwendig erachten. Eine Mittelmeinung vertreten: RG. II 20. Feb., I 17. Mai 83, E. 8 62, 385, Finger 1 553, Geyer 1 191 u. Oppenh.-D. N. 9 dahin, daß es nicht unzulässig sei, im Tenor selbst bereits den verbüßten Teil der Strafe in Abzug zu bringen, daß es jedoch sich empfehle, auf die — unverkürzte — Gesamtstr. zu erkennen und zugleich in der, für die Strafvollstreckung maßgebenden, Urteilsformel auszusprechen, daß auf jene die zur Zeit der eintretenden Rechtskraft des Urteils verbüßte, ev. gemäß § 21 in Zuchth. umzuwandelnde, Strafe in Abrechnung zu bringen sei; diese letztere Art befolgt auch RG. IV 5. Jan. 86 N. 8 3.

Digitized by Google

Prozessuales N. 19, 20.

19) Wie § 79 selbst die nachträgliche Anwendung der Vorschriften der §§ 74—78 für den Fall aufeinanderfolgender Urteile ermöglicht, so § 492 der StPO. die nachträgliche Anwendung des § 79, wenn „jemand durch verschiedene rechtskräftige Urteile zu Strafen verurteilt worden, und dabei die Vorschriften über Zuerkennung einer Gesamtstr. (StGB. § 79) außer Betracht geblieben" sind. Ebenso § 461$_1$ der MStGO.

Übrigens ist die Wortfassung dieser prozessualen Vorschriften nicht korrekt, insofern sie nur von der Zuerkennung einer Gesamtstr. sprechen, während sie ihrem Sinne nach, sowie dem Umfange des § 79 entsprechend, dessen volle Anwendung sichern sollen, auch wenn es nicht um die Zurückführung auf eine Gesamtstr. sich handelt; Oppenh.-D. N. 23, Löwe-H. StPO. § 492 N. 3.

Eine Bestimmung über das für die nachträgliche Anwendung des § 79 zuständige Gericht enthält StPO. § 494$_3$ sowie MStGO. § 461$_3$.

20) Wegen Verjährung der Vollstreckung einer auf Grund des § 79 bzw. der StPO. § 492 u. der MStGO. § 461 nachträglich bestimmten Gesamtstr. vgl. § 70 N. 10.

Digitized by Google

Zweiter Theil.

Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und deren Bestrafung.

Erster Abschnitt.

Hochverrath und Landesverrath.

1) Auf den Hochverrat oder genauer auf hochverräterische Handlungen beziehen sich die §§ 80—86, während die §§ 87—92 den Landesverrat betreffen und endlich § 93 eine gemeinschaftliche Bestimmung prozessualer Natur enthält.

Wegen Bestrafung einer im Auslande begangenen hochverräterischen oder landesverräterischen Handlung vgl. § 4 N. 10a, 11a.

2) Dieser Abschnitt regelt die Materie der hoch- und landesverräterischen Handlungen; so: RG. I 17. Nov. 87 E. 16 340, Binding Hb. 1 321 u. Hälschner 1 114, die mit Recht annehmen, daß die Abschn. 1—4 ein geschlossenes Ganze bildeten, das der Landesgesetzgbg. keinen Raum für ergänzende Bestimmungen lasse. Es ist deshalb auch RV. Art. 74, insoweit er auf hoch- und landesverräterische Hdlgen gegen das DR. sich bezog, außer Kraft getreten und durch diesen Abschnitt ersetzt; EG. § 3 N. 5. Vgl. jedoch auch § 139 sowie MStGB. T. II Tit. 1 Abschn. 1 und Tit. 3.

3) Nach GVG. § 136[1], durch welchen RV. Art. 75 ersetzt worden ist, erstreckt sich die Zuständigkeit des Reichsgerichtes auf alle im Abschn. 1 §§ 80—92 vorgesehenen Verbr., insofern diese „gg. den Kaiser o. das Reich gerichtet sind", auch insoweit sie nicht als Hochverrat i. e. S. (§§ 80—82), sondern als hochverräterische Hdlgen i. w. S. (§§ 83—86) sich darstellen; Löwe-H. GVG. § 136 N. 3a. Die Ausdrucksweise des GVG. hat hier an die Überschrift des T. II Abschn. 1 StGB. sich angelehnt. Dagegen ist RG. nicht zuständig für die Begünstigg. (§§ 257 ff.) und die unterlassene Anzeige (§ 139) dieser V.

§. 80.

Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser, an dem eigenen Landesherrn, oder während des Aufenthalts in einem Bundesstaate an dem Landesherrn dieses Staats verübt worden sind, werden als Hochverrath mit dem Tode bestraft.

PrStGB. § 61 Nr. 1. Entw. I § 67, II § 78. StB. S. 313 ff., 1156 ff.

Vgl. §§ 81, 93.

Zu §§ 80—86. N. 1.

1) Hochverrat ist, im Gegensatz zum Landesverrat (§§ 87 ff.), ein Angriff auf den Staat, und zwar „auf sein Dasein als Einzelwesen"; v. Liszt S. 535. Das StGB. gibt zwar keine Definition des Hochverrats, doch behandeln ihn die §§ 80—86 in seinen sämtlichen, von der Theorie anerkannten Hauptrichtungen, indem §§ 80 u. 81[1] den Hochverrat gegen das Oberhaupt, § 81[2] den gegen die Verfassung und § 81[3,4] den gegen das Gebiet des Staats betreffen; Berner S. 354, John HH. 3 10 ff. u. HM. „Hochverrat", H. Meyer S. 638, Schütze S. 231, v. Wächter S. 494; vgl. auch Knitschky Hochverrat S. 122, 138. Die §§ 82—86 enthalten gleichmäßig auf alle drei Richtungen des Hochverrats sich beziehende Bestimmungen.

Digitized by Google

Übrigens betreffen nur die §§ 80—82 den Hochverrat selbst, die §§ 83—86 dagegen Handlungen hochverräterischen Charakters; vgl. § 4 N. 10a u. o. Abschn. 1 N. 3.

Zu §§ 80, 81. Entstehungsgeschichte. N. 2.

2) Die beiden Entw. gingen übereinstimmend von der Auffassung aus, daß das StGB. „einen jeden der innerhalb des Bundesgebietes regierenden Bundesfürsten, ferner die Verfassung und das Gebiet des Bundes als solches und die Verfassung und das Gebiet jedes einzelnen Bundesstaats gleichmäßig und mit derselben Strafvorschrift" gegen den Hochverrat zu schützen suchen müsse. Demgemäß wurde durch Entw. I § 67 u. II § 78 der schwerste Hochverrat — der gegen „einen Bundesfürsten" gerichtete — mit dem Tode, die übrigen beiden Richtungen des Hochverrats — gegen die Verfassung und das Gebiet — im Entw. I § 68 u. II § 79 mit lebenslängl. Zuchth. bedroht. Auch durch die zweite Beratung im RT. wurde das Prinzip der gleichmäßigen Behandlung des gegen den Kaiser und das Reich bzw. gegen die Bundesfürsten und die Einzelstaaten verübten Hochverrats nicht berührt, indem in Verfolg des Beschlusses auf Abschaffung der Todesstrafe (§ 13 N. 1) sämtliche Hdlgen unter Zusammenfassung in einen § 78 (vgl. StB. S. 341 u. Aktenst. Nr. 132), mit lebenslängl. Zuchth. oder Festungsh. bedroht wurden. Erst infolge der Wiederherstellung der Todesstrafe in dritter Beratung wurde auf den Antrag des Abg. v. Kardorff die jetzige Fassung der §§ 80, 81 beschlossen, die freilich inkorrekt ist (§ 81 N. 1), sachlich dagegen dem staatsrechtlichen Verhältnis des DR. als Bundesstaats wohl entspricht. So Laband Staatsr. I 132. AM. Knitschky Hochverrat S. 124 f.

Zu § 80. N. 3—11.

3) § 80 handelt lediglich von dem Hochverrat, der gegen das Staatsoberhaupt sich richtet (N. 1); es kommen aber als Träger des angegriffenen Rechtsgutes nur in Betracht:

a. der „Kaiser", dem das Präsidium des DR. zusteht; RV. Art. 11;

b. der „eigene Landesherr", d. h. der Landesherr desjenigen Bundesstaats, in welchem der Täter z. Z. der Tat nach IndigenatsG. § 1 die Staatsangehörigkeit besitzt;

c. der „Landesherr" desjenigen Bundesstaats, in dem der Täter z. Z. der Tat — ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Wirkung bzw. des Erfolges (Köhler S. 51 134) — seinen „Aufenthalt" hatte; maßgebend ist sonach der Aufenthaltsort des Täters, nicht der Begehungsort der strafb. Hdlg., der über den Aufenthaltsort hinaus in einen anderen Bundesstaat sich erstrecken kann (§ 3 N. 2 ff.); v. Liszt S. 536.

Der Kaiser sowie die zu b und c bezeichneten Landesherren sind sonach mit einem höheren strafrechtlichen Schutze ausgestattet als die übrigen D. Bundesfürsten und als die Inhaber der höchsten Gewalt in den freien Städten, denen die GM. den Schutz des § 80 ebenso versagt wie den Regenten.

„Täter" kann im Falle zu a und c ein Deutscher oder ein Ausländer sein und auch im Falle zu c ist aus dem Ausdruck „Aufenthalt" nicht abzuleiten, daß er zu dem btr. Landesherrn in einem „zeitweiligen Untertanenverhältnis" stehen müsse; so die GM.; aM. Bisoukides Hochverrat S. 81, während Hälschner 2 734 N. 2 annimmt, der Aufenthalt des Ausländers im Inl. begründe immer ein solches Verhältnis. Im Falle zu b muß der Täter nicht nur ein Deutscher, sondern speziell Angehöriger eines von einem „Bundesfürsten" regierten Bundesstaates sein; denn die im § 80 (wie auch in den §§ 94, 95) bezeichneten Landesherren sind dieselben Personen, die in den §§ 98, 99 Bundesfürsten heißen und nur wegen ihres verschiedenen Verhältnisses zum Täter hier und dort verschieden benannt werden; RG. I 17. Apr. 84 E. 10 312.

4) Nur „der Mord und der Versuch des Mordes" (§§ 211, 43), die an den in N. 3 bezeichneten Personen verübt werden, fallen unter den § 80, andere hochverräterische Hdlgen gegen diese Personen nicht. Bezüglich jener Merkmale ist eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig; Wertheimer Mischgesetze S. 25.

5) Was den rechtlichen Charakter des V. aus § 80 betrifft, so ist es kein qualifizierter Fall des Mordes aus § 211, sondern vielmehr, worüber die systematische Stellung keinen Zweifel läßt, ein sowohl durch das Objekt (N. 3) als auch durch die Handlung (N. 4) qualifizierter Fall des Hochverrats aus § 81[1]; der Fall des § 80 ist lediglich

Digitized by Google

in der gesetzgeberischen Absicht, für einige der schwersten Fälle des H. die Todesstr. beizubehalten, aus dem allg. Tatbestande des H. hervorgehoben, und wenn der Gesetzgeber dabei des geläufigen Begriffes des Mordes sich bedient, so kann das die Eigentümlichkeit dieses Hochverratverbr. nicht beeinträchtigen; wie das schwerere V. des Mordes (§ 211) dem des Totschlages (§ 212) vorangestellt ist, so auch der schwerste Fall des gegen das Staatsoberhaupt sich richtenden Hochverrats dem weniger schweren aus § 81[1]. So: RG. II, III 5. Dez. 81 E. 5 215, Finger 1 316 N. 400, v. Liszt S. 536, v. Wächter S. 497 N. 3, Binding Normen 1 222, Thomsen MagDR. 3 206, Ortloff, Köhler G. 32 402, 51 134. AM.: Knitschky, Hochverrat S. 122, 143, Sontag Festungsh. S. 165 u. Redaktionsverf. S. 46 und namentl. Hälschner 2 730. Vgl. übrigens N. 8_3.

Hiernach kann, falls der Mord auf Verlangen des Getöteten ausgeführt wurde, die Strafe nur aus § 80 bestimmt werden, nicht etwa aus § 216; v. Liszt S. 536 N. 2, Bisoukides Hochverrat S. 121, auch Köhler G. 51 136 btr. § 81[1]; s. übrigens u. N. 8_1.

6) Kommt dem durch § 80 bedrohten V. der Charakter des Hochverrats zu, so muß das für den Fall seiner Begehung durch den „Versuch des Mordes" folgerichtig seine Wirkung dahin ausüben, daß hier trotzdem nicht der „Versuch" eines V. vorliegt und demgemäß § 46 keine Anwendung finden kann; so: Finger 1 316 N. 400, v. Liszt S. 215 N. 6 u. 536, Merkel S. 376, Thomsen aO. S. 197, Köhler G. 51 135; aM. die früheren Aufl. des Komm. sowie Berner S. 362, Geyer 2 127, Hälschner 2 734, H. Meyer S. 639 N. 3, Schütze S. 233, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 2, R. Herzog Rücktritt S. 229.

7) Was die Teilnahme (T. I Abschn. 3) an dem V. aus § 80 betrifft, so ist die Beihilfe (§ 49) nicht deshalb, weil der Versuch kraft Spezialbestimmung wie die vollendete Tat zu bestrafen ist, gleichfalls mit der Todesstr. zu belegen; denn Abs. 2 des § 49 ist nicht dahin zu verstehen, daß materiell die Beih. dem Vers. hinsichtlich der Strafbarkeit gleichgestellt werde, vielmehr ist die Bezugnahme auf die über die Bestrafung des V. aufgestellten allgemeinen Grundsätze des § 44 nur zur Vermeidung von Wiederholungen geschehen; hiernach steht der Anwendung der Todesstr. im Falle bloßer Beih. der Satz nulla poena sine lege entgegen; die Analogie kann hier nicht Platz greifen (§ 2 N. 4). So: RG. II, III 22. Dez. 84 E. 12 64, Berner S. 364, Merkel S. 376, H. Meyer S. 639 N. 3, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 8 u. § 49 N. 19, Rüd.-St. N. 6, Thomsen MagDR. 3 199, Bisoukides Hochverrat S. 122, Köhler G. 51 136. AM.: Geyer 2 127, Hälschner 2 735, v. Liszt S. 228 N. 10, 536. Im übrigen s. u. N. 9_2.

Die Anwendung des § 50 ist an sich beim V. aus § 80 nicht ausgeschlossen; denn es wirkt das persönliche Verhältnis des Täters zum Kaiser bzw. Landesherrn (N. 3) straferhöhend (§ 50 N. 4 Ia), aber nicht gegenüber dem § 211, sondern vielmehr gegenüber § 81[1]; demnach findet event. gegen den Teilnehmer, bei dem jenes persönliche Verhältnis nicht vorliegt, § 81[1] Anwendung, unbeschadet der Grundsätze über Idealkonk. (§ 73), insbs. bei ideal konkurrierender Teiln. am vollendeten Morde. So: Binding Grundr. S. 140, Hälschner 2 735, v. Liszt S. 536, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 7, Thomsen aO. S. 210.

8) Eine Idealkonk. (§ 73) muß in Verfolg der obigen Ausführung in N. 5 mit dem V. des Mordes (§ 211) bzw. des versuchten Mordes (§§ 211, 43) angenommen werden; Frank T. I Abschn. 1 N. II, Seuffert Anarchismus u. Strafr. S. 93; vgl. auch Thomsen MagDR. 3 206; dagegen bemerkt Binding Hb. 1 351, daß die §§ 80 u. 211 im Verhältnisse der Alternativität (§ 73 N. 15) ständen, wobei es gleichgültig sei, nach welchem gestraft werde, während beim Mordversuch § 80 schärfere lex specialis sei; aM. ferner: Rüd.-St. N. 7, Köhler G. 51 136. Folgerichtig nimmt Frank N. I auch die Möglichkeit einer Idealkonk. mit § 216 an, was von praktischer Bedeutung nicht ist (s. o. N. 5_2).

Wenn der Täter den Umstand, daß es der Kaiser 2c. sei, gegen den er den Mord verübte, nicht kannte, so ist gemäß § 59 die Anwendung des § 80 ausgeschlossen und finden alsdann § 211, bzw. §§ 211, 43 ausschließlich Anwendung; Rüd.-St. N. 7.

9) Als Strafe ist die Todesstr. (§ 13 N. 1) angedroht, neben der gemäß § 32 auf BbER. erkannt werden kann.

Digitized by Google

Die Beihilfe (N. 7), auch zum bloßen „Versuch des Mordes", ist nach § 49 i. V. mit § 44, mit Zuchth. nicht unter 3 J. zu bestrafen unter ZulPolAuff.; so Merkel S. 376 (die gg. ihn sich richtende Bemerkung von Frank N. IV erscheint unzutreffend).

10) Die Verjährung der Strafverfolgung findet nach § 67, in zwanzig J. statt; sie beginnt beim vollendeten Morde nach Abs. 4 das. ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg, beim Versuch des Mordes mit Beendigung der letzten Versuchshdlg. (das. N. 16a).

11) Zuständig ist RG. oder SchwG. (E. II Abschn. 1 N. 3); GVG. §§ 136[1], 80, 73[2—7].

§. 81.

Wer außer den Fällen des §. 80 es unternimmt,

1) einen Bundesfürsten zu tödten, gefangen zu nehmen, in Feindes Gewalt zu liefern oder zur Regierung unfähig zu machen,
2) die Verfassung des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats oder die in demselben bestehende Thronfolge gewaltsam zu ändern,
3) das Bundesgebiet ganz oder theilweise einem fremden Staate gewaltsam einzuverleiben oder einen Theil desselben vom Ganzen loszureißen, oder
4) das Gebiet eines Bundesstaats ganz oder theilweise einem anderen Bundesstaate gewaltsam einzuverleiben oder einen Theil desselben vom Ganzen loszureißen,

wird wegen Hochverraths mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 61. Entw. I §§ 67, 68, II §§ 78, 79. StB. S. 328, 1156.
Vgl. §§ 93, 102 sowie EG. § 4.

1) Der inkorrekte Eingang des § 81 erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte (§ 80 N. 2); vgl. des näheren die entsprechende N. der 5. Aufl. des Kommentars.

2) Wegen „unternehmen" vgl. § 82 N. 2.

3) Der § 81 enthält einen sog. Mischtatbestand (§ 73 N. 7b), dem freilich nach Binding Hb. 1 560 f. u. Normen 2 482, die hochverräterische Absicht gemeinsam sein soll; allein eine solche bzw. ein animus hostilis wird vom Gesetze nicht gefordert; so: Hälschner 2 370, John HH. 3 17, v. Schwarze N. 3 Bisoukides Hochverrat S. 93, Wertheimer Mischgesetze S. 25, auch Goltd. Mat. 2 31. Das Bestreiten einer hochverräterischen Absicht nötigt hiernach nicht zu deren Feststellung, da das Gesetz den Tatbestand des § 81 — wie auch den des § 80 — ohne solche als H. bezeichnet, was übrigens selbst Binding aO. S. 483 mit den Worten: „Ebensowenig gibt es einen Hochverratsvorsatz nach geltendem Reichsrechte" anerkennt.

4) Im Falle der Nr. 1 kommt als Träger des angegriffenen Rechtsgutes jeder „Bundesfürst" in Betracht und deshalb auch der König von Preußen, obgleich er als Präsident des Bundes den Namen Deutscher Kaiser führt; RV. Art. 11. Nichtkenntnis von der Eigenschaft der Person als „Bundesfürst" schließt nach § 59 die Anwendung der Nr. 1 aus; § 80 N. 8,.

Das Unternehmen der „Tötung" im besondern begreift jede Art der vorsätzlichen Tötung, also sowohl den Mord (§ 211) wie auch den Totschlag (§ 212), mit denen Idealkonk. (§ 73) stattfinden kann; so: Hälschner 2 730, John HH. 3 17, Schütze S. 233, Frank N. III 1, Oppenh.-D. N. 5, v. Schwarze N. 4, Knitschky Hochverrat S. 139, Thomsen Mag.

Digitized by Google

DR. 3 204, Bisoukides Hochverrat S. 84; aM. einerseits Sontag Redaktionsverf. S. 48 (Totschlag sei nicht gemeint), andererseits Binding Hb. 1 351 u. Lb. 2 430 N. I 1a, 433 (die §§ 81[1] u. 211 ständen im Verhältnis der Alternativität) sowie Ortloff G. 32 403 (vollendeter Mord falle unter § 211), ferner Köhler G. 51 137, während Rüd.-St. N. 4 Gesetzeskonk. mit § 211 annimmt. Auch mit § 216 ist Idealkonk. möglich (so Frank §§ 81 f. N. III 1; aM. Binding Lb. 2 432 N. 2), jedoch ist die Strafe auf Grund des § 81 zu bemessen. Diese Alternative der Nr. 1 wird übrigens durch den nur eine Qualifikation von ihr enthaltenden § 80 (das. N. 5) ausgeschlossen (§ 73 N. 12a).

Was die anderen Alternativen der Nr. 1 betrifft, so will Binding Lb. 2 434 vor „zur Regierung unfähig machen" ergänzen: auf andere Weise; allerdings wird „Gefangennehmen" (zusammenfallend, wenn auch nicht mit „Einsperrung", wohl aber mit dem allg. Begriff der Freiheitsberaubung i. S. des § 239, der deshalb zu vergleichen) und die — einen Kriegszustand voraussetzende — „Auslieferung in Feindesgewalt" eine zeitweilige Unfähigkeit des Bundesfürsten zur Regierung in sich schließen; bezüglich der Dauer der Freiheitsbeschränkung wird aber nur das § 239 N. 6 Bemerkte entsprechend gelten; so Oppenh.-D. N. 6 (auf die Dauer komme nichts an), während Binding aO. eine als „sichtbares Intervall freier Regierungstätigkeit" erscheinende Dauer erfordert.

Alle Alternativen dieser Nr. erscheinen als gleichwertig, so daß alternative Feststllg. zulässig ist; so Wertheimer Mischgesetze S. 25; aM. Ostern Alternativität S. 160 (ungleichwertige Modalitäten).

5) Im Falle der Nr. 2 richtet der unmittelbare Angriff sich gegen die „Verfassung des DR. oder eines Bundesstaats" oder die „in demselben — d. h. in einem der Bundesstaaten — bestehende Thronfolge". Diese letztere Fassung ist deshalb mit Recht gewählt, weil es im DR keine „Thronfolge" gibt (so: Geyer 2 127, Laband Staatsr. 1 195 f., 201; aM. Binding Lb. 2 436); allein Art. 11 RV., der die Präsidialbefugnisse im DR. mit dem Träger der preußischen Krone verknüpft, wird indirekt durch Abs. 1[2] gleichzeitig mit der in Preußen bestehenden Thronfolge geschützt. Ähnlich John HH. 3 13 u. Schütze S. 234 N. 15; aM. Bisoukides Hochverrat S. 91, eine gewaltsame Änderung der Thronfolge in Pr. bedeute einen H. gegen diesen Staat, nicht gegen das DR.

6) Für die weitere Auslegung der Nr. 2 und zwar sowohl hinsichtlich dessen, was unter „Verfassung" als auch unter „gewaltsamer" Änderung zu verstehen, ist die besondere Geschichte der Entstehung dieser Nummer von Bedeutung. Sie hat ihre Quelle im PrALR. II 20 § 92, welcher den H. definiert als „Ein Unternehmen, welches auf eine gewaltsame Umwälzung der Verfassung des Staates oder gegen das Leben oder die Freiheit seines Oberhauptes abzielt"; von hier aus ging der Ausdruck „die Thronfolge oder die Staatsverfassung gewaltsam zu ändern" über in PrStGB. § 61[1], dem § 81[2] RStGB. fast wörtlich sich anschloß. Vgl. Goltd. Mat. 2 10 ff. sowie die näheren Ausführungen bei Hälschner 2 738 f.

Es erhellt hieraus von vornherein, daß „Verfassung" nicht i. S. des modernen Staatsrechtes von der Verfassungsurkunde der konstitutionellen Staaten zu verstehen ist. Gemeint können vielmehr nur die Fundamentaleinrichtungen des DR. oder eines Bundesstaats sein, mögen sie in der „Verfassung" sich finden oder sonst; dabei schließt aber die Änderung einer Fundamentaleinrichtung des Staats gleichzeitig eine Änderung der Verfassung selbst in sich; vgl. Goltd. aO. S. 12. Ähnlich: Geyer 2 127, Hälschner 2 736, v. Liszt S. 537, Merkel S. 376, H. Meyer S. 639, Schütze S 234 N. 15, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 5, Knitschky Hochverrat S. 147, Bisoukides Hochverrat S. 89, Köhler G. 51 141. AM. einerseits John HH. 3 12 u. HRl. „Hochverrat", insofern er Beseitigung einer Verfassung durch eine andere verlangt, andererseits Rubo N. 3, 4, insofern er Verfassung mit Verfassungsurkunde gleichstellt; letzteres tut auch Beseler Pr. StGB. S. 224.

Es ergibt sich aber weiter aus jener Entstehung, daß bei der Begriffsbestimmung die „Gewalt" als die eine Hauptgrundform der Äußerung des Unrechts im Gegensatz zur anderen Grundform der Täuschung — zur List und zum Betruge — gedacht war, daß

Digitized by Google

ferner unter Gewalt vis, d. h. sowohl absoluta als auch compulsiva, verstanden wurde. Drohungen fallen also mit unter den Begriff der Gewalt; da aber Drohungen als Hintergrund die physische Gewalt selbst haben müssen, so ergibt sich, daß das Unternehmen der gewaltsamen Änderung der Verfassung ein solches ist, das „auf eine, wenigstens im letzten Augenblicke der Entscheidung durch physische Gewalt zu bewirkende Umwälzung der Staatsverfassung abzweckt"; vgl Beseler aO. S. 224 u. Goltd. aO. S. 10, 13, andererseits aber Bisoukides aO. S. 99. Bei dem engen Anschluß des § 81 [3] an das PrStGB. § 61 [3] kann, mangels einer entgegenstehenden Äußerung in den Motiven bzw. bei der Beratung, eine abweichende Auffassung des RStGB. nicht angenommen werden. So: Merkel S. 376, H. Meyer S. 640, Schütze S. 235 N. 17, Oppenh.-D. N. 9, Köhler G. 51 142; auch wohl Berner S. 360; wenn dieser, u. ebenso H. Meyer aO., jedoch ein Ministerialdekret als taugliches Mittel erachtet, so ist das nur für den Fall zuzugeben, daß hinter demselben ev. die physische Gewalt droht, während Knitschky aO. S. 152, im übrigen übereinstimmend, bestreitet, daß durch Erlaß einer Verfügung überhaupt Hochverrat begangen werden könne. AM.: Geyer 2 127, v. Liszt S. 537 u. v. Schwarze N. 8 A. 2, die nach dem Sprachgebrauche des StGB. die Anwendung physischer Gewalt verlangen, ferner Hälschner 2 737, der gleichfalls vis absoluta fordert, dennoch aber ein im Vertrauen auf die zu Gebote stehenden Machtmittel erlassenes Ministerialdekret für ausreichend hält; Bisoukides aO. verlangt eine „erzwingende Hdlg.", in erster Linie durch Gewalt, während aber in der Regel Drohung genügend sei. Nach Binding Lb. 2 439 soll „gewaltsam" hier eine finguläre Bedeutung haben und für „widerrechtlich" stehen.

7) Die Nr. 3 u. 4 betreffen den gegen das Staatsgebiet gerichteten Hochverrat, und zwar verleiht Nr. 4 dem Gebiete des einzelnen Bundesstaats denselben Schutz wie Nr. 3 dem Bundesgebiete selbst; letzteres umfaßt i. S. der Nr. 3 nicht bloß die im Art. 1 RV. bezeichneten Bundesstaaten u. Elsaß-Lothringen, sondern auch die Schutzgebiete (vgl. § 3 N. 13); Binding Lb. 2 441. Ein die Umwandlung eines ganzen Bundesstaats in Reichsland bezweckendes Unternehmen fällt jedoch nicht unter Nr. 4, sondern unter Nr. 2; so: Hälschner 2 741, v. Liszt S. 537 N. 6, H. Meyer S. 640, Oppenh.-D. N. 12, Bisoukides Hochverrat S. 92, Köhler G. 51 142; aM.: Geyer 2 127, Knitschky Hochverrat S. 149.

Die erforderlichen Begehungshdlgen bei diesen beiden Mischtatbeständen bezeichnete auch bereits das PrStGB § 61 [3] durch die Ausdrücke „einverleiben" und „losreißen"; mit der Charakterisierung des Einverleibens als eines „gewaltsamen" im RStGB. hat jedoch nicht, wie John HH. 3 19 f. und Berner S. 360 annehmen, eine sachliche Änderung herbeigeführt werden sollen, vielmehr ist man auch schon bei der Redaktion des PrStGB. von der Auffassung ausgegangen, daß das fr. „Unternehmen, der Natur der Sache nach, nur durch gewaltsame Handlungen angestrebt werden könne"; Goltd. Mat. 2 15. Daß an sich ein Krieg unter den Begriff der „Gewalt" fällt, kann nicht zweifelhaft sein; RG. II, III 18. Juni 87 E. 16 165 (vgl. jedoch wg. fehlender Rechtswidrigkeit btr. Herbeiführung ꝛc. eines Krieges: § 3 N. 21 sowie E. I Abschn. 4 N. 1, 9a).

8) Wegen Versuchs, Teilnahme und Konkurrenz vgl. § 82 N. 3—6 sowie insbs. wegen Idealkonk. mit Landesverrat § 87 N. 7.

9) Die ordentliche Hauptstrafe besteht wahlweise in „lebenslänglichem Zuchthaus" (§ 14 N. 1) oder „lebenslänglicher Festungshaft" (§ 17 N. 2), für deren Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen.

Die für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Strafe ist „Festungsh. nicht unter fünf Jahren", d. h. nach § 17_3 und dem Sprachgebrauch des StGB. (vgl. speziell einerseits § $83_{1.2}$, andererseits §§ 87_2, 88_2, 89_1, 90_2, 92_2 ꝛc.) Festungsh. von 5—15 J.; der Umstand, daß die Höhe des Maximums statt des ursprünglich beabsichtigten von 10 Jahren (§ 17 N. 1) vielleicht auf einem — übrigens durch die StGN. nicht berichtigten — Redaktionsversehen beruht, kann die Annahme eines Höchstbetrages von nur zehn Jahren nicht rechtfertigen. So: Binding Hb. 1 462 f., Geyer 2 127, Hälsch-

Digitized by Google

ner 2 742, Merkel HH. 4 77, H. Meyer — 4. Aufl. — S. 800, Oppenh.-D. N. 13, Rubo § 83 N. 5, v. Schwarze N. 11, Bisoukides Hochverrat S. 122. AM.: Berner S. 364 N. 2, Schütze S. 236 N. 10 u. G. 20 365, Sontag Festungsh. S. 174 u. Redaktionsvers. S. 54 ff.

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

a. neben Zuchth. und ev. Todesstrafe nach § 32 BbER.;

b. neben Festungsh. die im Abs. 3 angedrohte, übrigens im T. I Abschn. 1 (das. N. $3b_4$) nicht erwähnte, Nebenstrafe; zu vergleichen ist wegen „öffentl. Ämter" § 31 N. 7 ff. und wegen „öffentl. Wahlen" § 33 N. 6.

Wegen Bestrafung des Versuchs vgl. § 82 N. 3_2.

10) Nach § 67_1 findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten Verbr. (§ 82 N. 3) in funfzehn J. statt (§ 67 N. 2c); sie beginnt — was für alle Mischtatbestände von Bedeutung — nach Abs. 4 das. ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg.

11) Zuständig ist RG. oder SchwG. (T. II Abschn. 1 N. 3); GVG. §§ 136_1, 80, 73^{2-7}.

§. 82.

Als ein Unternehmen, durch welches das Verbrechen des Hochverraths vollendet wird, ist jede Handlung anzusehen, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll.

PrStGB. § 62. Entw. I § 69, II § 80.

Vgl. §§ 83, 85.

1) Nach seiner Entstehungsgeschichte ist § 82, von einigen unerheblichen redaktionellen Änderungen abgesehen, eine wörtliche Wiederholung des PrStGB. § 62; auch der Entw. II § 80 war gleichlautend, während Entw. I § 69 folgende Fassung hatte:

> „Als ein Unternehmen, durch welches eines der in den §§ 67, 68 bedrohten Verbrechen vollendet wird, ist jede Handlung anzusehen, welche einen Anfang der Ausführung des verbrecherischen Vorhabens enthält."

Hierdurch sollte, offenbar zur Abschneidung der über § 62 des PrStGB. entstandenen Streitfragen, klargestellt werden, daß der Versuch des Hochverrats wie der vollendete H. zu bestrafen sei. Daraus, daß Entw. II eine wieder dem PrStGB. sich anschließende Änderung vornahm, erhellt, ohne daß die Motive darüber sich aussprechen, daß er jenen Gedanken nicht zum Gesetz erheben wollte; es konnte nur eine Rückkehr zum Gedanken des PrStGB. § 62 bezweckt werden. Wenn Goltd. Mat. 2 22 — nach sorgfältiger Darlegung der Entstehungsgeschichte des § 62 — zu dem Ergebnisse kommt, daß der Bestimmung des PrStGB. eine beschränkende Absicht zugrunde gelegen habe, so erhellt auch für das RStGB., daß die im § 82 charakterisierte Hdlg. dem Versuche des § 43 gegenüber insofern beschränkt ist, als dieser überhaupt „Hdlgen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten", erfordert, jener dagegen eine Hdlg., „durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll". Es fällt somit nicht jede Versuchshdlg. unter § 82, nämlich diejenigen nicht, die zwar einen Anfang der Ausführung, aber doch keine unmittelbare Ausführung enthalten; vgl. RG. II, III 18. Juni 87 E. 16 162 (bei dem auf gewaltsame Losreißung eines Teiles des Bundesgebietes gerichteten hochverrät. Unternehmen [§ 81^2] sei die Handlungsweise mit dem Ausbruch des als Mittel dazu in Aussicht genommenen Krieges in dasj. Stadium getreten, durch welches das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden solle, und falle deshalb unter § 82). Vorbereitungshdlgen fallen niemals unter § 82; sie werden in den §§ 83—86 mit Strafe bedroht.

Wie mit Recht geltend gemacht wird, liegt aber im § 82 noch eine andere bedeutende Abweichung vom § 43 (das. N. 9 ff.); dieser berücksichtigt „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten", erfordert also ein objektives Merkmal, § 82 dagegen rücksichtigt auf eine Hdlg., „durch welche das Vorhaben zur Ausführung gebracht werden soll", stellt also ein subjektives Erfordernis auf. „Vorhaben" (vgl. § 139) bezeichnet hierbei, nach der Ausdrucksweise des $§ 43_1$, das „beabsichtigte" V. des Hochverrats und

Digitized by Google

ist also gleichbedeutend mit „Vorsatz" (§ 43 N. 25); Binding Grundr. S. 109, Bisoukides Hochverrat S. 107. Abweichend Thomsen MagDR. 3 127 ff.

2) Nach obiger Ausführung (N. 1) ist das „Unternehmen" i. S. des § 82 vom Versuch (§ 43) wesentlich verschieden. Demgegenüber erklärt die Inkongruenz, daß § 80 einerseits jede Hdlg., die als „Versuch des Mordes" sich darstellt, andererseits aber auch nur diese wie die vollendete Tat bestraft wird, sich aus der Entstehungsgeschichte der §§ 80 (das. N. 2) u. 81; in den Entwürfen, und zwar im Entw. I ausdrücklich, bezog der entsprechende §. sich auf beide vorhergehende §§., die gleichmäßig den Ausdruck „Unternehmen" brauchten; nachdem § 80 in der jetzigen Fassung angenommen war, ohne jenes Ausdrucks sich ferner zu bedienen, fiel die Beziehung des § 82 auf ihn weg (so: John HH. 3 24 N. 5, Bisoukides Hochverrat S. 103; aM.: Binding Lb. 2 430 N. 1 3, 443 ff., 446, Oppenh.-D. N. 1), und deshalb ist eine Hdlg., durch die das Vorhaben des Mordes einer der im § 80 bezeichneten Personen unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, nur strafbar, wenn sie entweder tatsächlich einen Anfang der Ausführung des Verbr. des Mordes enthält oder unter die §§ 83—86 fällt.

Jene wesentliche Verschiedenheit wird anerkannt von: Geyer 2 127, H. Meyer S. 201, Schütze S. 235 f. u. G. 21 159, Rubo N. 1, 2, Göbel Unternehmen S. 6. Entsprechend der Auffassung von Goltd. Mat. 2 22 btr. des PrStGB. § 62 nehmen Hälschner 2 744, John HH. 3 21 ff. u. HRl. „Hochverrat", Bisoukides aO. S. 105, sowie ähnlich v. Schwarze N. 3 an, daß zwar jede unter § 82 fallende Hdlg. dem Versuchsbegriffe entsprechen müsse, daß aber nicht alle, sondern nur gewisse Versuchshdlgen dem vollendeten V. gleichgestellt seien. Die überwiegende M. nimmt an, daß durch § 82 lediglich der Versuch des H. dem vollendeten V. gleichgestellt werde; so: Berner S. 361, Binding Grundr. S. 122 u. Normen 2 454 N. 659, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1, Knitschky Hochverrat S. 160, Thomsen MagDR. 3 175 u. gelegentlich Berlin 19. Feb. 78 D. 19 75. Nach v. Liszt S. 538 endlich soll „Unternehmen" ein weiteres Gebiet als den Versuch umfassen, namentl. auch Vorbereitungshandlungen umschließen, jedoch nur die unmittelbar an das Versuchsgebiet angrenzenden; ebenso jetzt Frank N. I sowie Köhler G. 51 140.

3) Die Frage, ob es einen aus § 43 strafb. Versuch des H. aus § 81 geben könne, hängt von der ausschlaggebenden Auffassung des Begriffs „Unternehmen" i. S. des § 82 ab (N. 2). Zu verneinen (§ 43 N. 28a) ist die Frage unbedingt von denen, die im Unternehmen lediglich einen Versuch sehen, dsgl. von v. Liszt aO.; auch Merkel S. 377 verneint den Versuch, ebenso Frank N. II. Nach dem diesseits vertretenen Standpunkte ist die Frage:

a. insoweit zu bejahen, als der Entschluß der Verübung eines unter § 81 fallenden V. in concreto durch Hdlgen betätigt wird, die einen mittelbaren Anfang der Ausführung dieses V. enthalten; so: Hälschner 2 745, John HH. 3 23, H. Meyer S. 203, Schütze S. 226 N. 10 u. G. 21 160, Bisoukides aO. S. 108;

b. im übrigen aber zu verneinen, namentl. auch bei Betätigung des Entschlusses mittels einer Hdlg., welche den Anfang der Ausführung einer solchen Hdlg. enthält, durch die das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, weil eine derartige Hdlg. selbst schon eine solche ist, durch die das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, somit einen vollendeten H. i. S. der §§ 81, 82 enthalten würde (vgl. § 43 N. 28b); so: Hälschner aO., John HH. 3 28, v. Schwarze N. 1, Bisoukides aO.

Die Bestrafung des Versuchs (a) erfolgt nach den §§ 44, 45, im Falle der ordentlichen Strafe insbs. nach den Abs. 2 bzw. 3 des § 44; bei Anwendung des § 44, kann als Nebenstr. auf ZulPolAuff. (§§ 38, 39) erkannt werden.

4) Die weitere Frage, ob es beim H. aus § 81 einen nach § 46 strafl osen Rücktritt gebe, erheischt ihre Beantwortung gleichfalls in Gemäßheit des in N. 2 erörterten prinzipiellen Standpunktes. Demgemäß wird auch die Möglichkeit eines solchen:

a. unbedingt verneint von: Binding Lb. 1 14, v. Liszt S. 538, H. Meyer S. 216, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 4, Knitschky Hochverrat S. 161, Thomsen MagDR. 3 188;

b. in Übereinstimmung mit der diesseitigen Auffassung insoweit bejaht, als nach N. 3a

Digitized by Google

ein Versuch denkbar ist, im übrigen aber (§ 46 N. 5) verneint; so: Hälschner 2 746, John HH. 3 28, Schütze S. 236 N. 20, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 1; dagegen nehmen Berner S. 362 (dieser nicht folgerichtig; s. o. N. 2) u. Bisoukides Hochverrat S. 108 unbedingt an, daß der freiwillige Rücktritt das Unternehmen straflos mache.

5) Die Strafe des Gehilfen ist gemäß § 49$_2$ i. V. mit dem zu § 81 N. 9 sowie o. N. 3 Bemerkten nach den §§ 44, 45 zu bemessen. AM. v. Liszt S. 538, der von seinem Standpunkte aus (N. 3) eine Ermäßigung der Gehilfenstr. mit Recht für unmöglich hält.

6) Die Frage der Konkurrenz ist nach Feststellung des Hochverratsbegriffes i. S. der §§ 81, 82, ähnlich wie beim § 80 (das. N. 8), dahin zu beantworten, daß der, durch die systematische Stellung wesentlich bestätigte, eigentümliche Verbrechenstatbestand des Hochverrats-Unternehmens mit allen den Verbr. in Idealkonk. (§ 73) treten kann, bei denen die „Tötung", die „Gefangennahme", die „Überlieferung in Feindes Gewalt" 2c. aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte als dem des H. mit Strafe bedroht ist; ein Verhältnis bloßer Gesetzeskonk. (§ 73 N. 12 ff.), insbs. des Ausschlusses von generellen Tatbeständen etwa durch den spezielleren § 81, liegt nicht vor; so: John HH. 3 18, Thomsen MagDR. 3 205 ff.; aM.: Hälschner 2 732, H. Meyer S. 639, Knitschky Hochverrat S. 141, auch Köhler G. 51 138, soweit es um Freiheitsberaubung sich handelt. Binding Hb. 1 351 u. Normen 1 224 nimmt einen Fall der Gesetzeskonk. als vorliegend an, indem die §§ 80 bis 100 mit den §§. über Beleidgg., Tötung, Körperverltzg. und Freiheitsberaubg. im Verhältnisse der Alternativität (§ 73 N. 15) ständen.

Welches Gesetz für die Verhängung der Strafe anzuwenden sei, entscheidet sich nach der Regel des § 73. Demnach ist insbs. zu bestrafen der vollendete Mord eines nicht im § 80 bezeichneten Bundesfürsten aus § 211; so: Binding aO., Merkel S. 376, Schütze S. 233, Thomsen aO. S. 206, im Resultate auch Hälschner 2 733; vgl. dagegen Sontag Festungsh. S. 163 (btr. den § 102 in seiner früheren Redaktion) sowie Frank N. III 1.

Wegen Bestrafung des versuchten Mordes eines solchen Bundesfürsten vgl. Thomsen aO. S. 207 u. namentl. Binding Hb. 1 351.

§. 83.

Haben Mehrere die Ausführung eines hochverrätherischen Unternehmens verabredet, ohne daß es zum Beginn einer nach §. 82 strafbaren Handlung gekommen ist, so werden dieselben mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter zwei Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 63. Entw. I § 70, II § 81. StB. S. 343 ff.

Zu §§ 83—86. N. 1, 2.

1) Die §§ 83—86 behandeln die hochverräterischen Handlungen i. w. S. (T. II Abschn. 1 N. 1, 3), und zwar geht die GM. dahin, daß durch sie Vorbereitungshdlgen zum Hochverrat mit Strafe bedroht würden; auch das StGB. selbst teilt nach der Ausdrucksweise des § 86 („Jede andere, ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Hdlg.") diese Auffassung; Binding Lb. 2 445. Sie muß auch, soweit § 85 in Frage kommt, für maßgebend erachtet werden, um so mehr, als auch sachlich eine an dritte Personen gerichtete Aufforderung als resultatlose Anstiftung den Charakter einer Vorbereitungshdlg. trägt; so: Binding aO. S. 449, Hälschner 2 750, Köhler G. 51 145; aM. John HH. 3 30 u. die früheren Aufl. des Komm.

2) Wenn in den §§ 83—86 Vorbereitungshandlungen zum H. unter Strafe gestellt sind, so handelt es sich trotz der selbständig, und nicht in Anlehnung an die Strafe des H. selbst, angedrohten Strafe dennoch nicht um eigentümliche Delikte, sondern eben

Digitized by Google

nur um Vorbereitungshdlgen zum H.; es erhellt dieses klar aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht nur des § 86, sondern auch der §§ 83, 84, während btr. des § 85 im Zusammenhange mit diesen nach dem N. 1 Bemerkten nichts anderes gelten kann; so: Binding Hb. 2 449 f., Hälschner 2 752, John HH. 3 30, Knitschky Hochverrat S. 169, Bisoukides Hochverrat S. 111; aM. Rüd.-St. N. 2. Daraus ergeben sich zwei Folgerungen:

a) Da die btr. §§. ausnahmsweise bestimmen, daß schon gewisse Vorbereitungshdlgen zum H. und nicht erst Versuchshdlgen strafbar sind, so kann es nicht noch einen strafb. Versuch geben. So: Binding, Hälschner aO., Frank N. zu § 83, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 2, Thomsen MagDR. 3 201, Bisoukides aO.

b) Die Straflosigkeit des Rücktritts von den, nicht zu selbständigen strafb. Hdlgen erhobenen, Vorbereitungshdlgen folgt nach § 46 (das. N. 5_3) argumento a majore ad minus. So: Binding aO., Hälschner 2 753, John aO. S. 33 u. HRl. „Hochverrat", H. Meyer S. 216, Schütze S. 237 N. 22, Frank aO., v. Schwarze N. 2, Knitschky, Bisoukides aO. AM.: Oppenh.-D. N. 7 u. §§ 85 N. 25, 86 N. 3, Rüd.-St. N. 2, Thomsen aO. S. 200.

Zu § 83. N 3—7.

3) Die „Verabredung" eines hochverräter. Unternehmens, d. h. also die seitens „mehrerer" (§ 47 N. 1) hergestellte Übereinkunft über die gemeinschaftliche Ausführung eines solchen, das sog. Hochverratskomplott, bildet den Tatbestand des § 83. Daß den Komplottanten die „Täterabsicht" wesentlich sei (so Binding Lb. 2 452), erscheint angesichts dessen, daß der Unterschied zwischen Tätersch. u. Beih. nicht darauf beruht, ob eine Tatbstdshdlg. vorgenommen werde o. nicht (§§ 47 N. 5, 49 N. 9), nicht zutreffend; auch Täter u. Gehilfe können komplottieren (Oppenh.-D. N. 4), während allerdings das Eingehen auf eine Anstiftung zu einem hochverr. Unternehmen kein Hochverratskomplott darstellt, falls nur der Angestiftete, wenn auch in Verbindung mit anderen, zur Ausführung schreiten soll; so RG. II, III 21. Okt. 81 E. 5 60 (67) sowie Binding u. Oppenh.-D. aO.

Ein „hochverräterisches Unternehmen" ist unzweifelhaft auch der H. aus § 80 und nicht nur der aus § 81; auf beide §§. bezieht sich daher § 83. So die GM.

Die Verabredung muß die Ausführung eines bestimmten hochverräterischen Unternehmens betreffen; denn sonst würde § 83 nicht einmal den Tatbestand einer Vorbereitungshdlg. zum H., sondern einen kaum noch greifbaren Tatbestand enthalten; so die GM.

4) Die Grundsätze über Teilnahme finden auf das V. aus § 83 volle Anwendung.

5) Die ordentliche Hauptstrafe besteht wahlweise in Zuchth. von 5—15 J. oder in Festungsh. von gleicher Dauer (§§ 14_2, 17_2), für deren Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist.

Für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 2—15 J.

Wegen des Höchstbetrages der Festungsh. in beiden Fällen vgl. § 81 N. 9_2.

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

a. neben Zuchth. nach § 32 VbER.;

b. neben Festungsh. die im Abs. 3 angedrohte (§ 81 N. 9b).

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67^1 in funfzehn Jahren.

7) Zuständig ist RG. oder SchwG. (E. II Abschn. 1 N. 3); GVG. §§ 136^1, 80, 73^{2-7}.

§. 84.

Die Strafvorschriften des §. 83 finden auch gegen denjenigen Anwendung, welcher zur Vorbereitung eines Hochverraths entweder sich mit einer auswärtigen Regierung einläßt oder die ihm von dem Reich oder einem Bundesstaate anvertraute Macht mißbraucht oder Mannschaften anwirbt oder in den Waffen einübt.

PrStGB. § 64. Entw. I § 71, II § 82.

Vgl. §§ 93, 102.

1) Der § 84 enthält einen sog. Mischtatbestand (§ 81 N. 3); den verschiedenen unter Strafe gestellten Hdlgen ist jedoch gemeinsam, daß sie „zur Vorbereitung eines Hochverrats", und zwar eines bestimmten (§ 83 N. 1, 2 u. 3_3) begangen sein müssen.

Digitized by Google

2) Das „Einlassen mit einer auswärtigen Regierung" erfordert zwar eine Verbindung mit dieser, braucht dagegen nicht bereits zu einer Verabredung (§ 83 N 3) mit ihr geführt zu haben; schon das Anfangen von Unterhandlungen mit ihr sowie das Eingehen auf Unterhandlungen ihrerseits fallen darunter, während bloß einseitige Bemühungen, eine Verbindung herbeizuführen, nicht ausreichen. So die GM.; dagegen hält Frank N. II ein scheinbares Eingehen der ausw. Regierung nicht für ausreichend; ob Binding Lb. 2 452, erhellt nicht klar.

Daß mit dem „Einlassen" namentl. auch ein solches zum Zwecke der Herbeiführung eines Krieges, insofern dieser als Mittel zum Hochverrat betrachtet wird, gemeint sei, ist zweifellos; RG. II, III 18. Juni 80 E. 16 165.

3) „Auswärtige Regierung" ist identisch mit „ausländischer" (§ 8 N. 3b), was schon daraus erhellt, daß der mit § 84 sachlich völlig übereinstimmende § 64 des PrStGB. desselben Ausdrucks sich bediente, während es im Verhältnis zu „Preußen" lediglich ausländische Regierungen gab, namentl. die übrigen deutschen Regierungen, bei dem Staatenbundscharakter des ehemaligen DB., auch nur als solche gelten konnten. Das hat nunmehr auf Grund des § 8 sich geändert, so daß deshalb zur Zeit keine der Regierungen der Bundesstaaten, da keine ihre Herrschaft auf „Ausland" erstreckt, eine auswärtige ist. Dazu kommt, daß in den §§ 102, 103 — wie nicht zweifelhaft sein kann — „auswärtige" Regierung für eine nicht-deutsche gebraucht ist. So: Binding Lb. 2 453, Frank N. II, Rubo N. 2 (der auch auf RV. Art. 8_3 verweist), Rüd.-St. N. 1. Anders die GM.

4) „Mißbrauch der von dem Reiche oder einem Bundesstaate anvertrauten Macht" ist nicht etwa, mit Rücksicht auf die Schlußworte des § 84, lediglich von einer militärischen Macht zu verstehen; Berner S. 355, Hälschner 2 749, v. Liszt S 539, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3, Bisoukides aO. S. 114. Ja nicht einmal lediglich von einer Macht über Personen, auch die anvertraute Macht über Sachen (Gelder, Depeschen) und Verhältnisse wird nicht ausgeschlossen sein; bei der Redaktion des PrStGB. § 64 wurde anerkannt, daß der Ausdruck auch auf „Zivilverhältnisse" sich beziehe (Goltd. Mat. 2 43); so: Geyer 2 128, Bisoukides aO.; aM.: Binding Lb. 2 453, insbs. N. 6, Hälschner 2 748, Schütze S. 238 N. 24, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 4.

5) Beim „Anwerben von Mannschaften oder Einüben in den Waffen" kann Idealkonk. (§ 73) der ersteren Alternative mit dem V. aus § 141, beider Alternativen mit demjenigen aus § 127 stattfinden; Frank N. I bzw II zu T. I Abschn. 1.

6) Wegen der Strafandrohung, der Strafverfolgungsverjährung und der Zuständigkeit gilt das in den N. 5—7 zum § 84 Bemerkte.

§. 85.

Wer öffentlich vor einer Menschenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zur Ausführung einer nach §. 82 strafbaren Handlung auffordert, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem bis zu fünf Jahren ein.

PrStGB. § 65. Entw. I § 72, II § 83. StB. S. 346 ff.
Vgl. § 102 sowie PressG. § 23³.

1) Nach der Ausführung in N. 1 zum § 83 betrifft auch § 85 eine Vorbereitungshandlung zum Hochverrat; so: Binding Hb. 2 452, Geyer 2 128, Hälschner 2 749, Frank N. II, Bisoukides Hochverrat S. 115, auch v. Liszt S. 539 (obschon § 85 richtiger zu den strafb. Aufforderungen gehöre, so sei er doch vom Ges. ausdrücklich als Vorbereitungshdlg. z. H. bezeichnet); aM.: John HH. 3 30, Baumgarten Versuch S. 404 N. 64, aber auch Merkel S. 377 f. Der Tatbestand des § 85 unterscheidet sich von dem des § 111 lediglich

Digitized by Google

dadurch, daß § 111 die Aufforderung zur Begehung einer strafb. Hdlg. überhaupt mit Strafe bedroht, während § 85 nur die Aufforderung zur Begehung einer nach § 82 strafbaren Handlung betrifft; es erscheint deshalb § 85 als ein qualifizierter Fall des § 111; so: Binding Lb. 2 857, Hälschner 2 749; aM. Klöppel Preßr. S. 403. § 111 ist aber wieder nur der speziellere Tatbestand des § 110, der deshalb wegen des Begriffs sowie der Art und Weise der Aufforderung selbst, die in § 85 wörtlich ebenso erfordert werden, zu vergleichen ist.

2) Wenn auch nur die Aufforderung zur Ausführung einer „nach § 82 strafb. Hdlg." mit Strafe bedroht wird, so ist doch zu beachten, daß § 80 (das. N. 5) nur einen qualifizierten Tatbestand des § 81[1] enthält und daß deshalb die Verweisung auf § 82 und damit auf § 81 sinngemäß den § 80 mitbegreift; so: RG. II, III 5. Dez. 81 E. 5 215, Frank N. II, Bisoukides aO. S. 119, im Resultate auch Binding Lb. 2 430 f. N. 1 3, 452 u. Klöppel RPreßr. S. 403; aM.: Geyer 2 128, Hälschner 2 750, v. Liszt S. 539.

3) Da die Aufforderung die Ausführung einer nach § 82 strafb. Hdlg. bezweckt, so ergibt sich, daß sie, wie im Falle des § 83 (das. N. 3) die Verabredung, ein bestimmtes Hochverratsunternehmen betreffen muß; dementsprechend war sogar auf Antrag des Abg. Meyer (Thorn) die Fassung bei der zweiten Beratung im RT. beschlossen worden (StB. S. 349); durch ein Versehen jedoch wurde das Wort „bestimmten" bei der Zusammenstellung der Beschlüsse der zweiten Beratung fortgelassen (Aktenst. Nr. 132 N. 463) und es ist deshalb auch in den Text des StGB. nicht aufgenommen. So: Binding Hb. 2 450, 451, insbs. N. 1, Geyer 2 128, Hälschner 2 752, v. Liszt S. 539, H. Meyer S. 641, Schütze S. 238, Oppenh.-D. N. 22, insbs. auch das N. 2 zit. RG. E. 5 215, mit der Ausführung, daß das „Was" der btr. strafb. Hdlg. erhellen müsse, während das „Wie" (Zeit, Ort, Mittel) bedeutungslos sei (vgl. auch § 86 N. 1); aM. Finger 1 351 N. 451 (der darauf eine Unterscheidung von der Anstftg. stützt).

4) Ein Versuch (§ 43) ist bei der Natur des Verbr. als Vorbereitungshdlg. (N. 1) nicht möglich; so alle die, welche in der Aufforderg. eine Vorbereitungshdlg. sehen (N. 1), aber auch Baumgarten Versuch S. 404 N. 64, weil das Verbr. aus § 85 eine selbständige Rechtsgutsverletzung nicht enthalte; aM. Rüd.-St. N. 5.

Die Grundsätze über Teilnahme finden Anwendung.

5a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe besteht wahlweise in Zuchth. von 1—10 J. (§ 14_3) oder in Festungsh. „von gleicher Dauer", d. h. trotz des an sich bei der Festungsh. zulässigen Mindestbetrages von 1 T. (§ 17_2), Festungsh. von 1—10 J., was nicht nur die RTverhandlungen (StB. S. 349 f.), sondern namentl. auch der für den Fall mild. Umst. zugelassene Mindestbetrag ergibt; Geyer 2 129, v. Liszt S. 539, Oppenh.-D. N. 24. Für die Auswahl beider Strafen ist § 20 (das. N. 3) maßgebend. Bei mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungshaft von 1—5 J. Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Die Bestrafung des Versuchs (N. 4) erfolgt nach den §§ 44 ff.

6) Die Strafverfolgung verjährt § 67_1 in zehn Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

7) Zuständig ist RG. oder SchwG. (T. II Abschn. 1 N. 3); GVG. §§ 136^1, 80, 73^{2-7}.

§. 86.

Jede andere, ein hochverrätherisches Unternehmen vorbereitende Handlung wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu drei Jahren ein.

PrStGB. § 66. Entw. I § 73, II § 84. StB. S. 350.

1) Der Ausdruck „hochverrätisches (so!) Unternehmen" bezieht sich, wie im § 83 (das. N. 3), auf die §§ 80, 81; ebenso wird hier wie dort ein bestimmtes Unternehmen vorausgesetzt. So die GM., insbs. RG. II, III 21. Okt. 81 E 5 60 u. ähnlich 30. Okt. 86 R. 8 653, jenes mit der Ausführung, es genüge, wenn das Gesamtbild in der Vorstel-

Digitized by Google

lung soweit bestimmte Umrisse angenommen habe, daß es als eine konkrete Gestaltung erfaßt werden könne; demgemäß müsse das Angriffsobj. des hochverräter. U. feststehen und die Ausführung dieses U. als bestimmtes Endziel ins Auge gefaßt sein, während es nicht erforderlich sei, daß alle Modalitäten der Ausführung beschlossen seien; vgl. auch § 85 N. 3.

2) Der Begriff einer ein hochverräter. U. „vorbereitenden Hdlg." (§ 83 N. 1, 2) ist nicht ausgeschlossen, wenn durch die Hdlg. die Vorbereitung nicht zum Abschlusse gelangen sollte, sondern zunächst die Förderung einer weiteren Vorbereitungshdlg. (z. B. durch sog. Gruppenbildung) bezweckt war; so das N. 1 zit. RG. E. 5 60; vgl. aber dagegen Bisoukides Hochverrat S. 120. Im übrigen sind in der Praxis des RG. II, III als solche ein hochverräter. U. vorbereitende Hdlgen erachtet worden:

das Hinbringen von Paketen mit eine Aufforderung zum H. enthaltenden Druckschriften zur Post behufs Versendung; 30. Dez. 85 N. 8 656 N. 1;

die in der Absicht der Verbreitung erfolgte Herstllg. eines die Aufforderung zum H. enthaltenden Plakats; 30. Okt. 86 N. 8 653;

die in Kenntnis des auf Losreißung von Elsaß-Lothringen gerichteten Zieles der sog. Patriotenliga und der zu dessen Erreichung in Bewegung gesetzten Mittel durch Leistung und Sammlung von Beiträgen geschehende Mitwirkung zur Realisierung des Zieles; 18. Juni 87 E. 16 165.

Die Frage, ob die Anschaffung absolut untauglicher Mittel (§ 43 N. 22) zur Erfüllung des Tatbestandes genüge, wird mit Recht von Zimmermann GS. 33 264 f. u. Köhler G. 51 144 verneint und auch von v. Buri, ZStrW. 2 241 N. 2, trotz seines subjektiven Standpunktes beim Versuche, keineswegs bejaht.

3) Wegen Idealkonk. (§ 73) mit den Verg. aus §§ 128, 129 vgl. § 128 N. 3.

4) Die ordentliche Hauptstrafe besteht wahlweise in Zuchth. v. 1—3 J. (§ 14_2) oder in Festungsh. von 1—3 J. (vgl. §§ 17_2, 85 N. 5a).

Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 6 Mt. — 3 J.

Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. nach § 32 BbER. erkannt werden.

Strafausschließung findet bei freiwilligem Rücktritt statt; vgl. § 46 N. 5_3.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

6) Zuständig ist RG. oder SchwG. (E. II Abschn. 1 N. 3); GVG. §§ 136^1, 80, 73^2.

§. 87.

Ein Deutscher, welcher sich mit einer ausländischen Regierung einläßt, um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen, wird wegen Landesverraths mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 67. Entw. I § 74, II § 85. StB. S. 350—359, 1165 ff.

Vgl. §§ 91, 93.

Zu §§ 87—92. N. 1, 2.

1) Landesverrat ist, im Gegensatze zum Hochverrat (§§ 80—86), der „Angriff auf den Staat in seiner Stellung innerhalb der anderen Staaten"; v. Liszt S. 539. Das StGB. gibt zwar vom L. ebensowenig eine Definition wie vom H., behandelt jedoch die beiden denkbaren Angriffe auf den Staat in seiner völkerrechtlichen Stellung (Zohn HH. 3 46 u. HRl. „Landesverrat"), indem die §§ 87—91 den sog. militärischen, § 92 aber den sog. diplomatischen L. betreffen.

Digitized by Google

Alle diese strafb. Hdlgen sind „landesverräterische" i. S. des § 4₂ (das. N. 11a) und auf alle findet § 93 Anwendung.

2) Der „im Felde" (MStGB. § 9) begangene L. aus den §§ 86—92 wird nach MStGB. § 57 „Kriegsverrat" genannt und gegen Personen des Soldatenstandes stets, gegen andere Personen, wenn sie während eines gegen das DR. ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze einer der in den §§ 57—59 MStGB. vorgesehenen Handlungen sich schuldig machten, nach diesen Bestimmungen bestraft; vgl. das. § 160.

Zu §§ 87—91. N. 3.

3) Diese §§. handeln vom militärischen L., der darauf hinausgeht, das Vaterland durch vor einem Kriege (§ 87) oder während eines solchen (§§ 88—90) begangene Hdlgen, jedenfalls also in Kriegszeiten, dem künftigen oder gegenwärtigen Feinde zu verraten. Da das Recht der Kriegsführung aus staatsrechtl. Gründen ausschließlich dem DR., nicht den einzelnen Bundesstaaten zusteht, so kann der militärische L. nur gegen das DR. verübt werden. So: Binding Lb. 2 466, Hälschner 2 754, v. Liszt S. 540 N. 2, Oppenh.-D. § 88 N. 2, v. Schwarze N. 1, Epstein Landesverrat S. 53. AM.: Schütze S. 242 N. 37, Rubo N. 4. Aus diesem Grunde bedroht auch das StGB., welches beim militärischen L. an der Verletzung eines Treuverhältnisses durch den Täter festgehalten hat und deshalb in der Regel einen Inländer als Täter voraussetzt, in den §§ 87—90 schlechthin einen „Deutschen" (§ 4 N. 7), ohne Unterschied hinsichtlich seiner Angehörigkeit zu dem einen oder anderen Bundesstaate; Laband Staatsr. 1 134, John HH. 3 47 f., Meves S. 114; vgl. jedoch v. Kries ZStrW. 7 616.

Zu § 87. N. 4—10.

4) § 87 erfordert, wie § 84, ein „Einlassen" (das. N. 2) und zwar „mit einer ausländischen Regierung"; vgl. deshalb § 8 N. 3a und damit übereinstimmend: Binding Lb. 2 466, v. Liszt S. 541, H. Meyer S. 642.

Jene Hdlg. muß vom Täter in der durch die Worte „um zu" angedeuteten Absicht, „die ausl. Regierung zu einem Kriege gegen das DR. zu veranlassen", vorgenommen sein; eine andere Absicht, insbs. die Feststellung einer „landesverräterischen", verlangt das Gesetz nicht; vgl. Goltd. Mat. 2 68. So: Binding aO. S. 467, John HH. 3 50, Schütze S. 240, v. Schwarze N. 5, Epstein Landesverrat S. 65.

Was den Begriff „Veranlassen" (vgl. §§ 130a, 340, 342) betrifft, so handelt es sich nicht um ein „Veranlassen eines Krieges", sondern um ein „Veranlassen der ausl. Regierung zu einem Kriege", d. h. um eine intellektuelle Einwirkung auf diese in der bezeichneten Absicht, wobei die entwickelte landesverräterische Tätigkeit so untergeordneter Art sein kann, daß dadurch selbst die Möglichkeit einer Verursachung des Krieges ausgeschlossen erscheint; so Wahlberg ZStrW. 2 213; aM. Goltd. Mat. 2 57 btr. PrStGB. § 67.

5) Der „Ausbruch des Krieges" ist ein — und zwar der Tat nachfolgender — straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295. Jener Umstand ist aber lediglich objektive Voraussetzung der — erhöhten — Strafbarkeit (E. I Abschn. 4 N. 3₃) und gehört nicht mit zum Tatbestande des qualifizierten Verbr., da ein ursächlicher Zusammenhang, dessen Nachweis meist unmöglich sein würde, nach dem in N. 4₃ Bemerkten nicht gefordert wird. So: Geyer 2 129, Hälschner 2 756, v. Liszt S. 541 N. 3, Merkel S. 379, H. Meyer S. 642, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 3, Wahlberg ZStrW. 2 213, Rupp Mod. Recht S. 61, Thomsen Versuch S. 100. AM: Schütze S. 242 N. 36, v. Schwarze N. 3, auch John HH. 3 50, insofern er verlangt, daß die Tätigkeit des Angeklagten wenigstens eine der Mitursachen des Krieges sein müsse; ferner Rubo N. 7 der einen „wenn auch nur mittelbarsten Zusammenhang" fordert; endlich Binding Hb. 1 590 u. Lb. 2 467, der den Kriegsausbruch als Tatbestandsmerkmal ansieht und eine unwiderlegbare Präsumtion der Ursächlichkeit als aufgestellt annimmt. Der Johnschen Ansicht ist auch Epstein Landesverrat S. 65, der aber trotzdem den Umstand nicht als Tatbestandsmerkmal ansieht.

Wenn aber auch ein ursächlicher Zusammenhang nicht erforderlich ist, so muß doch ein zeitlicher Zusammenhang bestehen; denn unmöglich ist ein nach voran-

Digitized by Google

gegangenem Sicheinlassen später bis zur Aburteilung des L. ausgebrochener Krieg unter allen Umständen als straferhöh. Umst. anzusehen; innerhalb der langen Verjährungsfrist für die Strafverfolgung kann denkbarerweise ein Krieg so spät nach Verübung des L. ausgebrochen sein, daß zwischen beiden auch ein zeitlicher Zusammenhang nicht besteht; Oppenh.-D. aO., Rüd.-St. N. 3; ähnlich Frank N. III, es müsse der Krieg ausgebrochen sein, den der Täter im Auge gehabt hatte. Wie lange ein solcher anzunehmen, ist Sache der konkreten Beurteilung. Vgl. Wahlberg aO. S. 214, es könne in der Regel der Fälle höchstens von einem „psychologischen und geschichtlichen" Zusammenhange die Rede sein, sowie Hälschner aO., es werde wenigstens die Möglichkeit einer Mitwirkung angenommen werden müssen, während Thomsen aO. ein objektiv qualifiziertes Delikt „ohne jegliche Einschränkung" annimmt.

6) Ein Versuch (§ 43) des einfachen V. aus § 87 ist möglich; denn da das Einlassen mit einer ausl. Regierung immerhin schon eine Verbindung mit ihr erfordert, so ist denkbar, daß der Täter die Herstellung einer Verbindung unternommen hat, sie aber seitens der ausl. Regierung abgelehnt ist; Binding Lb. 2 467, Hälschner 2 756, John HH. 3 50, Schütze S. 242 N. 36, Frank N. IV, Rüd.-St. N. 4, Baumgarten Versuch S. 393, Epstein Landesverrat S. 64.

Ein Versuch des qualifizierten V. ist denkbar, falls nach Entwickelung der auf ein Einlassen mit der ausl. Regierung abzielenden, ein solches aber nicht erreichenden Tätigkeit der Krieg ausbrach (§ 43 N. 5$_3$); vgl. Thomsen Versuch S. 102 ff.; aM.: Binding aO. N. 4, Baumgarten aO. S. 368.

7) Idealkonk. (§ 73) des L. aus § 87 mit Hochverrat aus §§ 81—86 findet statt, wenn das Einlassen mit einer ausw. Regierung zum Zwecke der Vorbereitung o. Durchführung eines hochverräter. Unternehmens geschieht; RG. II, III 18. Juni 87 E. 16 165; im Ergebnis übereinstimmend Binding Lb. 2 466.

8 a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist beim einfachen V.: Zuchth. von 5—15 J., beim qualifizierten: lebensl. Zuchth. (§ 14).

Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe des einf. V. Festungsh. von 6 Mt. — 5 J., des qualifizierten Festungsh. v. 5—15 J. (§§ 17$_2$, 81 N. 9).

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

α. neben Zuchth. nach § 32 VbER.;

β. neben Festungsh. die im Abs. 3 angedrohte (vgl. § 81 N. 9b).

b) Die Bestrafung des Versuchs (N. 4) erfolgt nach den §§ 44 ff.

9) Nach § 67$_1$ findet die Verjährung der Strafverfolgung des einfachen V. in fünfzehn, diejenige des qualifizierten in zwanzig J. statt; sie beginnt bei letzterem nach Abs. 4 das. erst nach Ausbruch des Krieges (§ 67 N. 10a).

10) Zuständig ist RG., weil das Verbr. nach N. 3 stets gegen das Reich gerichtet ist (E. II Abschn. 1 N. 3); GVG. § 136[1].

§. 88.

Ein Deutscher, welcher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges in der feindlichen Kriegsmacht Dienste nimmt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wird wegen Landesverraths mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Ein Deutscher, welcher schon früher in fremden Kriegsdiensten stand, wird, wenn er nach Ausbruch des Krieges in der feindlichen Kriegsmacht verbleibt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt,

Digitized by Google

wegen Landesverraths mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 68. Entw. I § 75, II § 86. StB. S. 359—363, 1166 f. Entw. d. StGN. Art. I § 88. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 642—646.

Vgl. § 93 sowie EG. § 4.

1) § 88 ist durch Art. I § 88 StGR. neu redigiert; für seinen ganzen Inhalt ist deshalb nur die jetzige, nicht aber die frühere Fassung entscheidend. Vgl. StGR. Art. I N. 3, sowie v. Wächter GS. 29 326 A.*.

2) „Ein gegen das DR. ausgebrochener Krieg", der im Falle des § 87 (das. N. 5) nur als objektive Voraussetzung für die Straferhöhung in Betracht kam, bildet für die Mischtatbestände sowohl des Abs. 1 wie des Abs. 3 des § 88 (vgl. übrigens § 87 N. 1 bis 3) wie auch für die §§ 89 u. 90 die Voraussetzung für die Strafbarkeit überhaupt.

3) Im Falle des Abs. 1 wird der L., ohne daß es einer besonderen landesverräter. Absicht bedarf, dadurch begangen, daß der Täter während eines gegen das DR. ausgebrochenen Krieges:

a. entweder „in der feindlichen Kriegsmacht" (Heer o. Marine) als Kombattant oder Nichtkombattant (Binding Lb. 2 471, Geyer 2 129, Hälschner 2 757) „Dienste nimmt";

b. oder „die Waffen gegen das DR. oder dessen Bundesgenossen trägt", was nicht erfordert, daß der Täter von den Waffen Gebrauch gemacht habe (so auch: Binding u. Geyer aO. mit dem Bemerken, daß das Waffentragen auch ohne Eintritt in den Dienst der feindlichen Kriegsmacht geschehen könne, ferner Frank N. 1), andererseits aber nicht schon erfüllt ist durch den Eintritt in den speziell zum Waffendienst bestimmten Teil des Heeres; so aber Meves S. 116 u. HH. 4 295, 297, der dadurch jedoch den Begriff „Dienstenehmen" (a) in sachlich nicht gerechtfertigter Weise einschränkt. Frank aO. aber fordert zutreffend bewaffnete Tätigkt. auf dem Kriegsschauplatze, Binding aO. hält Erscheinen auf dem Kriegsschauplatz in der Absicht, auf ihm bewaffnet tätig zu werden, für ausreichend.

4) Im Falle des Abs. 3 wird erfordert, daß der „schon früher", mit o. ohne Erlaubnis (IndigenatsG. §§ 22, 32), „in fremden", d. h. ausländischen (§ 8 N. 3a), „Kriegsdiensten" stehende Täter, nach Ausbruch des Krieges:

a. entweder „in der feindlichen Kriegsmacht verbleibt" (Landsberg Kommissivdel. S. 195 findet hierin zu Unrecht ein reines Omissivdelikt; richtig Epstein Landesverrat S. 71), weshalb das Verbleiben in den Diensten einer anderen fremden Macht, als mit welcher der Krieg ausgebrochen war, kein L. ist; vgl. jedoch IndigenatsG. § 20;

b. oder die in N. 3b bezeichnete Hdlg. begeht.

In diesen Fällen ist übrigens eine strafb. Hdlg. häufig auf Grund des § 52 für nicht vorhanden zu erachten; so die GM.

5) Ein Versuch (§ 43) der verschiedenen Verbr. ist denkbar.

6a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe besteht wahlweise

α. im Falle des Abs. 1: in lebenslängl. Zuchth. (§ 14 N. 1) o. lebenslänglicher Festungsh. (§ 17 N. 2);

β. im Falle des Abs. 3: in Zuchth. von 2—10 J. (§ 14$_2$) o. Festungsh. von 2—10 J. (vgl. § 85 N. 5a).

In beiden Fällen ist für die Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend und ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen.

Die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 4a ff.) angedrohte Strafe ist:

α. im Falle des Abs. 1: Festungsh. von 5—15 J. (§ 81 N. 9);

β. im Falle des Abs. 3: Festungsh. von 1 J.—10 J.

Digitized by Google

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

α. neben Zuchth. und ev. Todesstr. nach § 32 VbEN.;

β. neben Festungsh. die in Abs. 4 angedrohte (vgl. § 81 N. 9b).

b) Der Versuch (N. 5) ist nach den §§ 44 ff., im Falle des Abs. 1 insbs. nach $§ 44_{2,3}$, zu bestrafen; bei Anwendung des $§ 44_2$ kann auf die Nebenstr. der ZulPolAuff. (§§ 38, 39) erkannt werden.

7) Nach $§ 67_1$ findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. aus Abs. 1 in zwanzig, die des versuchten Verbr. aus Abs. 1 in funfzehn, endlich die des Verbr. aus Abs. 3 in zehn Jahren statt.

8) Zuständig ist RG. (§ 87 N. 10); GVG. § 136[1].

§. 89.

Ein Deutscher, welcher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges einer feindlichen Macht Vorschub leistet oder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen desselben Nachtheil zufügt, wird wegen Landesverraths mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 69 Abs. 1. Entw. I § 76 Abs. 1, II § 87. StB. S. 364, 1167. Entw. d. G. gg. d. Verrath milit. Geh. v. 3. Juli 1893 § 12. Drucks. II S. 1892/93 Nr. 63, 171.

Vgl. §§ 90, 91, 93.

1) Beim Mischtatbestande des § 89 (vgl. §§ 87 N. 1—3, 88 N. 2) wird erfordert, daß der Täter:

a. entweder einer feindlichen Macht Vorschub leiste,

b. oder der Kriegsmacht des DR. oder der Bundesgenossen desselben Nachtheil zufüge.

Unter der „feindlichen Macht" (a) ist keineswegs bloß die „Kriegsmacht" (b) des Feindes zu verstehen. Eine weitere, durch den Wortlaut nicht ausgeschlossene Auslegung erscheint um so mehr geboten, als einerseits viele dem Feinde Vorschub leistende Hdlgen sich denken lassen, die nicht gerade seiner Kriegsmacht zugute kommen, andererseits aber die Entstehungsgeschichte des gleichfalls den Ausdruck „feindliche Macht" gebrauchenden PrStGB. $§ 69_1$ ebenfalls gegen eine einschränkende Auslegung spricht (Goltd. Mat. 2 62). Namentl. fällt deshalb auch eine Stärkung der finanziellen Mittel der feindlichen Macht unter jenen Ausdruck. So: Berlin 3. Apr. 71 O. 12 194, Binding Lb. 2 469, Hälschner 2 758, Merkel S. 380, H. Meyer S. 642, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. Ergänzungen N. 4, Epstein Landesverrat S. 73.

Wegen Zweifel, die an den, durch § 11 des SpionageG. dem Worte „Truppen" substituierten, Ausdruck „Kriegsmacht" (b) sich knüpfen, vgl. Binding aO.

2) Ausdrücklich wird Vorsatz (§ 59 N. 16) verlangt. Das Vorliegen eines sog. animus hostilis wird jedoch nicht erfordert; demgemäß ist gleichgültig, welchen Endzweck der Täter mit der Hdlg. verfolgte, namentl. also auch, ob sie ihm nur Mittel zum Gewinn sein sollte. So: das N. 1 zit. Berlin O. 12 194, Geyer 2 129, Hälschner 2 758, v. Liszt S. 541, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. Ergänzungen N. 2, Epstein Landesverrat S. 73. AM. John HH. 3 52, der annimmt, daß der Täter deshalb gehandelt haben müsse, um Vorschub zu leisten 2c.

3) Ein Versuch (§ 43) ist denkbar, da die Vollendung erst eintritt, sobald tatsächlich die Lage der feindlichen Kriegsmacht eine günstigere oder die der D. Kriegsmacht eine ungünstigere geworden ist; Binding Lb. 2 470, Hälschner 2 758, John HH. 3 52, v. Liszt S. 541, Schütze S. 243 N. 39, Frank N. III, Rubo N. 5, Rüd.-St. Ergänzungen N. 6, Epstein Landesverrat S. 73.

Digitized by Google

4a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstr. ist wahlweise Zuchth. von 1—10 J. (§ 14_2) o. Festungsh. von 1—10 J. (§ 85 N. 5a), für deren Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist. Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 1 T. bis 10 J. (§ 17_2).

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

α. neben Zuchthaus nach § 32 VbER.;

β. neben Festungsh. die im Abs. 2 angedrohte (§ 81 N. 9b). Letztere findet auch dann Anwendung, wenn die Festungsh. unter Annahme mild. Umst. erkannt wird; so v. Wächter GS. 29 334 gegen Sontag Redaktionsvers. S. 62 f.

b) Der Versuch (N. 3) ist nach den §§ 44 ff. zu bestrafen.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

6) Zuständig ist RG. (§ 87 N. 10); GVG. § 136[1].

§. 90.

Lebenslängliche Zuchthausstrafe tritt im Falle des §. 89 ein, wenn der Thäter

1. Festungen, Pässe, besetzte Plätze oder andere Vertheidigungsposten, imgleichen Theile oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht in feindliche Gewalt bringt;
2. Festungswerke, Schiffe oder Fahrzeuge der Kriegsmarine, öffentliche Gelder, Vorräthe von Waffen, Schießbedarf oder anderen Kriegsbedürfnissen, sowie Brücken, Eisenbahnen, Telegraphen und Transportmittel in feindliche Gewalt bringt oder zum Vortheile des Feindes zerstört oder unbrauchbar macht;
3. dem Feinde Mannschaften zuführt oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht verleitet, zum Feinde überzugehen;
4. Operationspläne oder Pläne von Festungen oder festen Stellungen dem Feinde mittheilt;
5. dem Feinde als Spion dient oder feindliche Spione aufnimmt, verbirgt oder ihnen Beistand leistet, oder
6. einen Aufstand unter Angehörigen der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht erregt.

In minder schweren Fällen kann auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 69 Abs. 2. Entw. I § 76 Abs. 2, II § 88. StB. S. 365—368, 1167 f. Entw. d. G. gg. d. Verrat milit. Geh. v. 3. Juli 1893 § 12. Drucks. II. S. 1892/93 Nr. 63, 171.

Vgl. §§ 91, 93 sowie EG. § 4 u. MStGB. § 58[1].

1) Aus der Entstehungsgeschichte ist hervorzuheben, daß die wesentlich gleichlautenden Bestimmungen des PrStGB. zusammen mit dem Inhalt des § 89 RStGB. den einen § 69 bildeten, derartig, daß der Inhalt der sechs Nrn. des Abs. 2 mit den Worten „Todesstrafe tritt ein, wenn der Täter 2c." an den Abs. 1 angeknüpft wurde. Dem entsprach auch hinsichtlich der Redaktion Entw. I § 76. Wie Rubo N. 3 und Rüd.-St. N. 1

Digitized by Google

übereinstimmend berichten, trennte die Bundesratskommission beide Teile lediglich aus redaktionellen Gründen in die §§ 87, 88 des Entw. II. Nach Rubo wurde dabei zunächst der Eingang des Entw. II § 88 (jetzt § 90) dahin gefaßt: „Lebenslängliche Zuchthausstrafe trifft unter den Voraussetzungen des § 87 denjenigen, welcher 2c." Wiederum lediglich aus redaktionellen Gründen sei jedoch schließlich dem § 88 des Entw. II ein Eingang gegeben, wie er fast gleichlautend dem § 90 StGB. entspreche. Auf Grund des SpionageG. v. 3. Juli 1893 erhielt der Eingang des §. die Fassung: „Lebenslängl. Zuchthausstr. tritt im Falle des § 89 ein, wenn der Täter 2c." Auch die übrigen durch jenes G. herbeigeführten Abänderungen (in den Nr. 1, 2, 3, 6) sind im wesentlichen nur redaktioneller Natur, jedoch wurde, was die Nr. 2 betrifft, eine Ausdehnung des Schutzes auf „Telegraphen- und Transportmittel" bezweckt, der Wichtigkeit dieser Gegenstände für die moderne Kriegsführung entsprechend (so die Motive). Es haben aber ferner durch Einschaltung des Abs. 2 in der Strafandrohung „minder schwere Fälle" Berücksichtigung gefunden, veranlaßt durch die Absicht des Entw., die Annahme mild. Umst. auszuschließen.

2) Aus der jetzigen Fassung des Einganges ergibt sich klar, was früher bereits aus der Entstehungsgeschichte zu folgern war, daß § 90 im Verhältnis zum § 89 nur einen straferh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 darstellt.

Der Tatbestand des Verbr. aus § 90 (vgl. §§ 87 N. 1—3, 88 N. 2) erfordert lediglich den Vorsatz (§ 59 N. 16) des Täters, die in den Nr. 1—6 bezeichneten Hdlgen zu begehen; John HH. 3 49. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 16, 30) kann hier freilich so wenig als bei irgendeinem vorsätzlichen Verbr. entbehrt werden; so der Bundeskommissar Friedberg und der PrJustizminister Leonhardt (StB. S. 366, 368); aM.: Lasker StB. aO., Rubo N. 3.

Wer übrigens eine der im § 90 bezeichneten strafb. Hdlgen „auf dem Kriegsschauplatze" begeht, ist, mag er Ausländer o. Deutscher sein, nach § 160 MStGB. i. V. mit § 58 Nr. 1 das. wegen Kriegsverrats mit dem Tode zu bestrafen; vgl. § 91 N. 1_2.

3) Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Zu Nr. 2. „Schiffe oder Fahrzeuge der Kriegsmarine", nicht mehr, wie es früher hieß: „Schiffe o. andere Fahrzeuge der Kriegsmarine"; nach der jetzigen Fassung sind unter „Schiffen" auch „Kauffahrteischiffe" zu verstehen; Epstein Landesverrat S. 76. Statt „sowie Brücken . . . und Transportmittel" müßte es richtiger heißen „oder Brücken . . . oder Transportmittel" — ein aus der früheren Fassung des §. stammender, auch jetzt wiederholter Redaktionsfehler. Unter „Eisenbahnen" sind hier nach dem Zwecke der Gesetzesvorschrift nur diejenigen, aber andererseits auch alle dies. Eisenbahnen i. w. S. (vgl. § 315 N. 3) zu verstehen, an denen sei es die deutsche o. eine ihr verbündete, sei es die feindliche Kriegsmacht ein militärisches Interesse hat; ob das der Fall sei, ist in concreto zu bestimmen; so im wesentlichen Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 150 ff., dem zuzugeben ist, daß die Art der Triebkraft nicht entscheidend sein kann. Es sind deshalb auch nicht die „Pferdebahnen" als solche unbedingt auszuschließen; so: Binding Lb. 2 473, v. Schwarze N. 4, Supper Eisenbahnstrfr. S. 79; aM.: Berlin OAG. 14. Juni 73 St. 3 36, v. Liszt 542 N. 6, Rüd.-St. Ergänzungen N. 3, Meves GS. 26 254 ff., Epstein aO. S. 77; im übrigen umfaßt der Begriff hier außer den Eisenbahnanlagen und den jetzt besonders genannten „Transportmitteln" auch alle übrigen zum Betriebe erforderlichen Requisite; so: Meves, Loock aO.; aM.: v. Schwarze N. 4, Supper aO. Vgl. übrigens außer § 315 N. 3 auch: §§ 243^4 N. 37c, 305 N. 3f.

b) Zu Nr. 3. Dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens gemäß wird, entsprechend dem „dem Feinde Mannschaften zuführen," vorausgesetzt, daß das „Verleiten" das wirkliche Übergehen zum Feinde zur Folge habe; RG. I 10. Nov. 81 E. 5 125. Vgl. § 141 N. 2b, 4.

c) Zu Nr. 5. Nach dem N. 2_2 Bemerkten fällt ein Beistand, der etwa einem verwundeten Spion geleistet wird, lediglich um ihn zu pflegen, nicht unter diese Nr. 5; so H. Meyer — 4. Aufl. — S. 804 N. 8; aM. v. Schwarze N. 6. Andererseits ist es aber auch zu eng, wenn Oppenh.-D. N. 12 als „selbstverständlich" annimmt, daß der Beistand auf die

Digitized by Google

Erreichung der strafbaren Zwecke des Spions sich beziehen müsse. Der Beistand muß nur überhaupt in rechtswidriger Absicht geleistet sein; diese liegt z. B. auch vor, wenn es darum sich handelte, den Spion der Bestrafung zu entziehen; Binding Lb. 2 474, Rüd.-St. Ergänzungen N. 4. Insofern enthält Nr. 5 eine den § 257_2 ausschließende Sondervorschrift; Schütze S. 243 N. 43, Oppenh.-D. N. 13.

4) Ein Versuch (§ 43) des Verbrechens ist denkbar; Schütze S. 243 N. 40.

5a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist lebenslängl. Zuchth. (§ 14_1) u. „in minder schweren Fällen" (§ 94 N. 7) zeitige Zuchthausstr. von 10—15 J.; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen.

Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 5—15 J. (§ 81 N. 9).

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

α. neben Zuchth. und ev. Todesstr. nach § 32 BbER.;

β. neben Festungsh. die im Abs. 3 angedrohte (§ 81 N. 9b).

b) Der Versuch (N. 4) ist nach den §§ 44 ff., im Falle des Abs. 1 insbs. nach $§ 44_2$ mit der fakultativen Nebenstr. der ZulPolAuff. (§§ 38 f.), zu bestrafen.

6) Nach $§ 67_1$ findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten in funfzehn Jahren statt.

7) Zuständig ist RG. (§ 87 N. 10); GVG. § 136[1].

§. 91.

Gegen Ausländer ist wegen der in den §§. 87, 89, 90 bezeichneten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche zu verfahren.

Begehen sie aber solche Handlungen, während sie unter dem Schutze des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats sich innerhalb des Bundesgebietes aufhalten, so kommen die in den §§. 87, 89 und 90 bestimmten Strafen zur Anwendung.

PrStGB. § 70. Entw. I § 77, II § 89.

Vgl. § 93.

1) Die in den §§ 87—90 bezeichneten Hdlgen setzen zwar als Subjekt einen „Deutschen" voraus (§ 87 N. 3), können aber an sich auch von einem Ausländer (§ 8 N. 3a) begangen werden; dagegen ist der Gedanke, einen Ausländer wegen einer unter den Tatbestand des § 88 fallenden Hdlg. bestrafen zu wollen, ausgeschlossen. Die unter die §§ 87, 89, 90 fallenden Hdlgen sind aber gemäß Abs. 2 — auch von einem Ausländer begangen — nach den dort gegebenen Strafbestimmungen strafbar, wenn er sich „unter dem Schutze des DR. oder eines Bundesstaates innerhalb des Bundesgebietes aufhält". Wegen des ausdehnenden Sinnes, in dem die Worte „innerhalb des Bundesgebietes" zu verstehen sind, vgl. § 4 N. 20c; ebenso Epstein Landesverrat S. 94.

Die in D. geltenden Reichs- u. Landesgesetze, namentl. die Strafgesetze, — wie sie nach § 3 gegen die im Inlande weilenden Ausländer anzuwenden sind — schützen andererseits alle im Inlande sich aufhaltenden Ausländer (so: Berlin 3. Apr. 71 O. 12 194, v. Kries ZStrW. 7 615; vgl. auch Heffter-Geffcken Völkerr. S. 140), selbst solche, die bereits aus dem Bundesgebiete verwiesen sind (§§ 39^3, 284_3, 362_3); v. Bar Lehrbuch S. 339 N. 7. Auch den zur feindlichen Kriegsmacht gehörigen Personen kommt in gewissem Sinne der Schutz der in D. geltenden Gesetze zugute. Kann der Ausdruck „unter dem Schutze des DR. sich aufhaltend" zwar nicht auf die feindliche Kriegsmacht bezogen werden (aM. Epstein aO. S. 98 f.), so wird man ihn doch mit Recht auf diejenigen Untertanen der feindlichen Macht anwenden, die im Vertrauen auf den Schutz der Gesetze in einem vom Feinde nicht besetzten Teile D.'s geblieben, sowie auf Kriegsgefangene, welche in Deutschland interniert sind. Auch ohne daß es eines besonderen Schutzverhältnisses bedarf, sind somit gegen Ausländer — mag die Hdlg. im Frieden oder Kriege begangen sein — die in den

Digitized by Google

§§ 87, 89 und 90 angedrohten Strafen in Anwendung zu bringen, wenn nicht, was den Tatbestand des § 90 (das. N. 2₃) anbetrifft, der Fall des MStGB. § 160 vorliegt. So: zit. Berlin O. 12 194, Binding Lb. 2 461 f., Hälschner 2 755, H. Meyer S. 643, Schütze S. 241 N. 36, Frank Nr. 1, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1, v. Bar aO., Epstein aO. S. 96; vgl. v. Schwarze § 87 N. 1, es werde „eine für den während eines zeitlichen Aufenthalts im Lande gewährten Rechtsschutz stattfindende Verpflichtung" vorausgesetzt, die auch den nichtexterritorialen Bevollmächtigten ausl. Regierungen obliege. AM. John HH. 3 49, der „Schutz" liege nur vor bei Duldung des Fremden nach Kenntnisnahme seines Aufenthalts durch die zuständigen Behörden.

2) Im übrigen ist nach Absatz 1 (dessen Wirkungslosigkeit durch Inkrafttreten des MStGB. Binding Lb. 2 464 u. v. Kries ZStrW. 7 614 behaupten) gegen Ausländer wegen der in den mehrfach genannten §§. bezeichneten Hdlgen „nach dem Kriegsgebrauche" zu verfahren, woraus folgt, daß jene Hdlgen, von einem Ausländer während des Friedens im Auslande begangen, niemals strafbar sind (vgl. § 4²); werden sie während eines Krieges im Auslande begangen, so sind sie „nach Kriegsgebrauch" zu strafen; werden sie während eines Krieges im Inlande begangen, so ist zu unterscheiden, ob der Täter zur feindlichen Kriegsmacht gehörte oder nicht, denn im ersteren Falle ist er, „nach Kriegsgebrauch", im letzteren, wie oben angegeben, zu strafen. AM. Goltd. Mat. 2 66 hinsichtlich des wesentlich gleichlautenden PrStGB. § 70, indem er annimmt, daß der Kriegsgebrauch auf alle Ausländer, die Untertanen der feindlichen Macht sind, während ihres Aufenthalts im Inl. Anwendung finde. Hälschner 2 754 bemerkt übrigens, daß der „Kriegsgebrauch" nur auf dem Kriegsschauplatze gelte. Nach Epstein Landesverrat S. 95 soll sich der „Kriegsgebrauch" nicht auf das „Wie" der Bestrafung beziehen, weil darüber das MStGB. spreche, vielmehr auf das „Ob" der Straffrage; er sei maßgebend für die Vorfrage, ob der Täter gegen das Völkerr. gehandelt habe oder nicht.

3) Daß unter den „in den §§ 87, 89, 90 bezeichneten Hdlgen" auch die Deliktsformen des Versuchs und der Teilnahme zu verstehen sind, kann bei dem allgemeinen Charakter des T. I Abschn. 2 u. 3 nicht zweifelhaft sein. So hinsichtlich des Versuchs: das N. 1 zit. Berlin O. 12 194, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze § 91 N. 1.

§. 92.

Wer vorsätzlich

1) Staatsgeheimnisse oder Festungspläne, oder solche Urkunden, Aktenstücke oder Nachrichten, von denen er weiß, daß ihre Geheimhaltung einer anderen Regierung gegenüber für das Wohl des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats erforderlich ist, dieser Regierung mittheilt oder öffentlich bekannt macht;
2) zur Gefährdung der Rechte des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats im Verhältniß zu einer anderen Regierung die über solche Rechte sprechenden Urkunden oder Beweismittel vernichtet, verfälscht oder unterdrückt, oder
3) ein ihm von Seiten des Deutschen Reichs oder von einem Bundesstaate aufgetragenes Staatsgeschäft mit einer anderen Regierung zum Nachtheil dessen führt, der ihm den Auftrag ertheilt hat,

wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 71. Entw. I § 78, II § 90. StB. S. 372—374, 1168.

Vgl. § 93.

Digitized by Google

1) Auch § 92 handelt vom Landesverrat (§ 87 N. 1, 2), ohne dieses Ausdrucks sich zu bedienen, was durch die Nachbildung des PrStGB § 71 sich erklärt, wo jene technische Bezeichnung, aus in der Entstehungsgeschichte beruhenden Gründen, gleichfalls fehlte; Goltd. Mat. 2 97. Der sog. diplomatische L. des § 92 unterscheidet sich vom militärischen der §§ 87—91 wesentlich und zwar sowohl hinsichtlich des Subjekts als auch des Objekts. Übrigens sucht v. Kries ZStrW. 7 598 auszuführen, daß die Unterscheidung zwischen milit. u. diplom. L. dem positiven Rechte nicht entspreche.

2) Subjekt dieses L. kann, wie aus dem Eingangsworte „Wer" im Gegensatz zu „Ein Deutscher" in den §§ 87 - 90 und „Ausländer" im § 91 sich ergibt, sowohl ein Inländer als auch ein Ausländer sein. So: Berner S. 369, Hälschner 2 760, v. Liszt S. 542, Schütze S. 244, Oppenh.-D. N. 2, Laband Staatsr. 1 136, v. Kries ZStrW. 7 597. AM. John HH. 3 53 hinsichtlich der Nr. 1, 2. Jedoch ergibt sich aus § 4[2] der wichtige Unterschied, daß der im Auslande begangene diplomatische L. nur gegen einen Inländer, niemals gegen einen Ausländer strafbar ist; Rüd.-St. N. 1.

3) Objektiv kann der diplomatische L. sowohl gegen das DR. als auch gegen jeden Bundesstaat sich richten; Hälschner 2 760, John HH. 3 53, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 3, Laband Staatsr. 1 132, Epstein Landesverrat S. 84. Die „andere Regierung", zu deren Vorteil der Verrat begangen wird, kann daher — worauf schon der Ausdruck hindeutet — nicht nur, wie Heinze Erörterungen S. 65 annimmt, eine auswärtige (§ 8 N. 3b) sein, sondern auch eine inländische, und zwar hier wiederum die Reichsregierung oder eine Landesregierung; denn es ist nicht bloß denkbar, daß z. B. Staatsgeheimnisse einer Landesregierung an eine andere (Heinze aO. S. 64), sondern auch solche der Reichsregierung an die Regierung eines Bundesstaates oder umgekehrt verraten werden. So: Hälschner 2 761, Merkel S. 380 und hinsichtlich der Landesregierung: Schütze S. 245 N. 47, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 1, Harburger Inland S. 89.

4) Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Zu Nr. 1. „Geheimhaltung einer anderen Regierung gegenüber" erfordert, daß die Nachricht geheim sei; aber das „Geheimsein" braucht nur ein relatives zu sein, indem es ausschließlich darauf ankommt, ob eine Nachricht vorliegt, welche der fremden Regierung nicht bekannt und daher ihr gegenüber der Geheimhaltung fähig ist; solange letzteres der Fall, ist es für den Tatbestand gleichgültig, ob die betr. Nachricht im Inl. nicht geheim ist; diese Tatsache und der Grad des Bekanntseins können für die tatsächliche Frage, ob die Mitteilung an eine fremde Regierung geeignet sei, das Wohl des DR. zu gefährden, desgleichen für das Bewußtsein des Täters, daß dies der Fall sei, von Bedeutung sein. Hiernach deckt „formelle Sekretur" sich nicht mit dem Erfordernisse materieller Geheimhaltung. So RG. II, III 19. Mai 84 E. 10 420 (vgl. dagegen Binding Lb. 2 477 N. 2).

Wg. eines Falles fortgesetzten Landesverrats aus Nr. 1 vgl. RG. II, III 19. Dez. 87 E. 17 103 (111); dagegen Binding Lb. 2 480 N. 1.

Die Anwendung der Nr. 1 wird durch das G. gg. den Verrat milit. Geheimnisse v. 3. Juli 1893 als das speziellere Gesetz ausgeschlossen; so: RG. II, III 16. Dez. 93 E. 25 45, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 2a, Rüd.-St. Ergänzungen N. 1, Stenglein RStrafnebenges. S. 488, H. Seuffert ZStrW 14 589; aM. v. Liszt S. 543 N. 9. Gegenüber dem SpionageG. behauptet aber die Nr. 1 ihre Geltung, falls die Hdlg. auf andere als milit. Geheimnisse sich bezieht, sowie bei einem gg. einen Bundesstaat gerichteten Landesverrat; so zit. RG. E. 25 45, Stenglein aO., während Seuffert aO. noch weiter geht, und die Nr. 1 anwenden will auf die verräterische Mitteilung geheim zu haltender milit. Nachrichten, falls nicht zugleich geheime Gegenstände mitgeteilt würden.

b) Zu Nr. 1 und 2. „Urkunden" bezeichnen auch hier nur Gegenstände, die als Beweismittel für rechtserhebliche Tatsachen bestimmt sind (§ 267 N. 3c); so: Binding Lb. 2 175 N. 4 (in Nr. 2 sei hinter „oder" ungenau ausgelassen „andere"), Merkel HH. 4 444 N. 5 u. HRgutachten S. 36, der deshalb „U. oder Beweismittel" in Nr. 2 für bedeutungslos erklärt, ferner John ZStrW. 4 22, 6 9 f., der Sinn sei „U. oder Beweismittel,

Digitized by Google

auch wenn die Beweismittel, welche die Rechte des DR. ꝛc. dartun, keine Urkunden sind", selbst Börne GS. 41 396 (trotz prinzipiell entgegengesetzter N.). RM.: RG. I 8. Nov. 80 E. 2 425 (btr. §§ 133, 348$_3$), Oppenh.-D. N. 3 (statt 4), v. Buri GS. 28 28, 36 177, Epstein Landesverrat S. 86, aus Nr. 2 sei zu entnehmen, daß das StGB. auch Urk. i. w. S. kenne, deren Inhalt lediglich in einem Zeugnis zu bestehen habe, ohne zum Beweise von Rechten geeignet sein zu müssen. Hälschner 2 522, der annimmt, daß hier, wie im § 299, „um der gleichen Zweckbestimmung der Strafsatzung wegen" als Urk. jedes Schriftstück erscheine, dem die Kunde von Tatsachen zu entnehmen sei, tritt sowohl dem entgegen, den §§ 92, 299 eine überall entscheidende Begriffsbestimmung der Urk. zu entnehmen, als auch der Übertragung einer Begriffsbestimmung, die nur aus dem eigentümlichen, anderen Strafsatzungen zugrunde liegenden Interesse sich erkläre, auf die Urk. i. S. des § 92.

c) Zu Nr. 2 und 3. Die Ausdrücke „zur Gefährdung" und „zum Nachteil" (vgl. Register s. v. „Gefährdung" u. „Nachteil") sind, wie auf Grund der Entstehungsgeschichte des entsprechenden § 72 des PrStGB. (vgl. Goltd. Mat. 2 70) angenommen werden muß, objektiv zu verstehen und nicht auf die Absicht des Täters (N. 5) zu beziehen. So: Schütze S. 245, Frank N. II 2, 3, Oppenh.-D. N. 8. RM.: Hälschner 2 761, John HH. 3 54 u. hinsichtlich der Nr 2: v. Schwarze N. 4 u. Rüd.-St. N. 6 (wg. des erforderlichen Bewußtseins der Gefährdung).

d) Zu Nr. 2. Zu vergleichen ist wg. „vernichten" § 125 N. 3b, wg. „verfälschen" § 267 N. 25, wg. „unterdrücken" § 169 N. 5.

5) In subjektiver Beziehung wird lediglich der „Vorsatz" (§ 59 N. 16) des Täters erfordert; vgl. RG. III 28. Jan. 80 E. 1 172. Eine landesverräter. Absicht bzw. eine auf Gefährdung oder Schädigung des DR. gerichtete Absicht ist sonach nicht vorausgesetzt; so das N. 4a zit. RG. E. 10 420, mit der speziellen Ausführung btr. der Nr. 1, daß subjektiv neben der Vorsätzlichkeit der Mitteilung nur das Bewußtsein des Täters vorliegen müsse, die Geheimhaltung der Nachricht einer anderen Regierung gegenüber für das Wohl des DR. sei erforderlich.

6) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; Schütze S. 245 N. 48 u. hinsichtlich der Nr. 3 John HH. 3 55.

7a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 2—15 J. (§ 14$_2$).

Bei mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 6 Mt. bis 15 J. (§ 81 N. 9).

Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 6) ist nach den §§ 44 ff., insbs. § 44$_4$, zu bestrafen.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_1$ in funfzehn Jahren.

9) Zuständig ist RG. oder SchwG. (T. II Abschn. 1 N. 3); GVG. §§ 136 [1], 80, 73 [2–7]

§. 93.

Wenn in den Fällen der §§. 80, 81, 83, 84, 87 bis 92 die Untersuchung eröffnet wird, so kann bis zu deren rechtskräftigen Beendigung das Vermögen, welches der Angeschuldigte besitzt, oder welches ihm später anfällt, mit Beschlag belegt werden.

PrStGB. § 73 Abs. I. Entw. I § 79 Abs. I, II § 91. StB. S. 374—378.

Vgl. StPO. §. 480.

1) § 93 stimmt mit PrStGB. § 73$_1$ überein, abgesehen davon, daß dieser obligatorisch anordnete, jener aber nur eine fakultative Vorschrift gibt. Im PrStGB. enthielt aber § 73 noch einen Abs. 2, der dem „wegen Hochverrats oder Landesverrats zum Tode oder lebenslängl. Zuchth. rechtskräftig Verurteilten" die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen entzog; danach war die Bedeutung der Vorschrift des Abs. 1 ein strafprozessualer Arrest.

Weniger klar (vgl. insbs. John HH. 3 56 u. Delius G. 37 118) ist der innere Grund des § 93, nachdem eine dem PrStGB. § 73$_2$ entsprechende Bestimmung nicht Aufnahme gefunden hat; doch wird man mit dem Abg. Lasker, dem auch der Bundeskommissar

Digitized by Google

Friedberg beipflichtete, annehmen müssen, daß bezweckt werde, den Täter unschädlich zu machen; StB. S. 375 ff. Diese Unschädlichmachung durch Vermögensbeschlagnahme erstreckt sich aber nur, wie die RTdebatte klarstellte (so auch John aO.) auf die Dauer der Untersuchung, indem sie anscheinend einem rechtskräftig verurteilten Hoch- o. Landesverräter gegenüber nicht für notwendig erachtet wurde, was nach Inkrafttreten der StPO. um so weniger bedenklich ist, da gemäß § 319 das. auf Grund der §§ 80, 81, 83, 84, 87 bis 92 StGB. gegen einen Abwesenden nicht verhandelt werden kann.

2) Voraussetzung der Beschlagnahme ist die Eröffnung der Untersuchung wegen eines der im § 93 bezeichneten Verbr. Nach StPO. § 151 ist die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung durch Erhebung einer Klage bedingt; da letzteres bei den fraglichen Verbr. durch einen Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung geschehen muß (StPO. §§ 168, 176, 177), so ist die „Eröffnung der Untersuchung" i. S. des § 93 gleichbedeutend mit Eröffnung der Voruntersuchung durch den Untersuchungsrichter des Landgerichts (StPO. § 178) bzw. den für die bestimmte Straffache bestellten Untersuchungsrichter des Reichsgerichts (StPO. § 184).

3) Die „rechtskräftige Beendigung" der Untersuchung tritt ein:

a. im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens (StPO. § 196), wenn das die Hauptverhandlung schließende Urteil rechtskräftig geworden ist (§ 30 N. 2);

b. im Falle der Außerverfolgsetzung des Angeschuldigten (StPO. § 196), wenn der Beschluß nicht mehr durch die sofortige Beschwerde anfechtbar ist (StPO. §§ 209, 353).

4) Der Ausdruck „Angeschuldigter" ist in Übereinstimmung mit StPO. § 155 von dem Beschuldigten, gegen den die öffentliche Klage erhoben ist, zu verstehen.

5) Das Verfahren bei der im § 93 vorgesehenen Beschlagnahme, die auf oder ohne Antrag der StAschaft beschlossen werden kann, regelt StPO. § 480 bzw. §§ 333—335.

Zweiter Abschnitt.
Beleidigung des Landesherrn.

1) Der Entw. I ging von der Auffassung aus, daß „allen Bundesfürsten und allen Familienmitgliedern der regierenden bundesfürstlichen Häuser" ein gleichmäßiger Schutz gegen Majestätsbeleidigungen zu gewähren sei; er enthielt deshalb nur den einen Abschn. 2 „Beleidigungen der Bundesfürsten und der Mitglieder bundesfürstlicher Häuser". Dagegen erachtete der Entw. II nicht dafür, daß durch die Rechtseinheit auch jeder Rechtsunterschied zwischen einer Beleidigung des eigenen Landesherrn und der eines anderen Bundesfürsten fortgefallen sei, und behandelte deshalb — ohne die Beleidigung des Bundesoberhauptes besonders hervorzuheben — die Majestätsbeleidigung in den beiden Abschn. 2 und 3, die gleichmäßig wie die entsprechenden des StGB. selbst überschrieben wurden. Die Überschriften der Abschnitte waren nach zwei Richtungen zu eng, indem die Abschnitte einerseits nicht nur von Beleidigungen, sondern auch von Tätlichkeiten — also von der Majestätsverletzung (Schütze S. 246) — handeln, andererseits aber außer den Landesherren und Bundesfürsten selbst auch deren Familien bzw. den Regenten betreffen. Dadurch, daß auf Antrag der Abg. v. Levetzow u. Gen. (StB. S. 380) die Tätlichkeit und Beleidigung gegen den Kaiser in den §§ 94, 95 noch besonders hervorgehoben ist, sind die Abschnittsüberschriften im StGB. selbst noch weniger zutreffend geworden. Vgl. § 4 N. 11 b.

2) Im Abschn. 2 wird die strafbarste Stufe der Majestätsbeleidigung i. w. S. — diejenige gegen den Kaiser, den Landesherrn des eigenen Staats bzw. desjenigen Staats, in dessen Gebiet man sich aufhält, — behandelt; Laband Staatsr. I 132. Wegen Regelung der Materie vgl. T. II Abschn. 1 N. 2.

§. 94.

Wer einer Thätlichkeit gegen den Kaiser, gegen seinen Landesherrn oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate einer Thätlichkeit gegen

Digitized by Google

den Landesherrn dieses Staats sich schuldig macht, wird mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft, in minder schweren Fällen mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

PrStGB. § 74. Entw. I § 80, II § 92. StB. S. 378—380.
Vgl. § 98.

Zu §§ 94, 95. N. 1.

1) In den Fällen der §§ 94 u. 95 richten die strafb. Hdlgen, wie der schwerste Fall des Hochverrats, sich entweder gegen den Kaiser oder gegen den Landesherrn des Täters (im § 80 als „der eigene Landesherr" bezeichnet) oder gegen denjenigen D. Landesherrn, in dessen Staat der Täter z. Z. der Tat sich aufhielt; vgl. deshalb § 80 N. 3c und insbs. RG. I 17. Apr. 84 E. 10 312.

Zu §§ 94, 96. N. 2, 3.

2) Während die §§ 94 u. 95 hinsichtlich des Objektes der strafb. Hdlgen zusammenzufassen sind, so die §§ 94 u. 96 hinsichtlich der mit Strafe bedrohten Handlung selbst. Dieselbe besteht (ebenso in den §§ 99, 101) in einer „Tätlichkeit gegen den Kaiser 2c."

Mit „Tätlichkeit" wird jede vorsätzliche und rechtswidrige körperliche Einwirkung auf die Person eines anderen bezeichnet; so im wesentlichen: Berner S. 374, Binding Hb. 1 351 u. Lb. 1 171 f., Hälschner 2 765, Schütze S. 249, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2; aM.: v. Liszt S. 548, v. Schwarze N. 1, Baumgarten Versuch S. 411, auch die versuchte körperl. Einwirkung sei als vollendete Tat anzusehen.

3) Aus dem Begriff der „Tätlichkeit" (N. 2) folgt, daß, wenn die Verübung einer Tätlichkeit gegen gewisse Personen an sich zum Tatbestande einer strafb. Hdlg. erhoben wird, ihr ein einheitlicher Dolus nicht zugrunde liegt, vielmehr der innere Charakter der Hdlg. höchst verschiedenartig sich gestalten kann; insbs. kann die Tätlichkeit sich darstellen als Angriff auf Leben, Leib, Freiheit oder Ehre. So: Binding Hb. 1 351, Lb. 1 171 u. Normen 1 192 N. 5, 208, 2 483, Hälschner 2 765, Merkel S. 382, John HH. 3 60, auch Berner S. 374.

Demnach fallen „Tätlichkeiten" unter die §§ 94, 96, mögen sie beleidigender oder nichtbeleidigender Natur sein, und die Auffassung ist völlig verfehlt, daß es nur um die „Realinjurie" sich handele; so, außer den Genannten: Geyer 2 130, H. Meyer S. 645, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1; vgl. jedoch v. Liszt S. 548, insbs. N. 7, sowie T. II Abschn. 2 N. 1.

Aus dem Gesagten folgt auch, daß, wenn eine „Tätlichkeit" vorliegt, die §§ 94, 96 Anwendung finden, mag jene ein vollendetes oder auch nur ein versuchtes Delikt darstellen; Binding Grundr. S. 122.

Der § 233 muß, wie § 199 gegenüber § 95 (das. N. 7), außer Anwendung bleiben; Kronecker GS. 41 206.

Zu § 94. N. 4—10.

4) Der Tatbestand des § 94 erfordert lediglich, daß jemand gegen eine der in Nr. 1 bezeichneten Personen einer Tätlichkeit (N. 2 f.) „sich schuldig mache". Diese nur in den Abschn. 2—4 sowie in den §§ 157 f., 258, 336, 369[2] gebrauchte, die Täterschaft bezeichnende (Löning S. 22) Wendung kann hier lediglich auf die Schuldart des Vorsatzes (T. I Abschn. 4 N. 4 u. § 59 N. 16) bezogen werden; Binding Lb. 1 172 N. 1. Demgemäß findet $§ 59_1$ Anwendung, wenn der Täter bei Ausübung der Tätlichkeit nicht wußte, daß die Person, gegen welche sie sich richtete, eine der N. 1 bezeichneten sei. Ob bei der Unkenntnis des Täters bezüglich dieses „zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstandes"

Digitized by Google

eine andere strafb. Hdlg. als die aus § 94, oder ob überhaupt keine strafb. Hdlg. vorliege (§ 59 N. 13a), ist nur nach den konkreten Umständen, insbs. nach der Beschaffenheit der „Tätlichkeit" und des ihr zugrunde liegenden Dolus (N. 3) zu entscheiden; Geyer 2 130.

5) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; er liegt insbs. vor, wenn die beabsichtigte körperliche Einwirkung fehlschlägt, z. B. der Schlag den Angegriffenen nicht trifft (N. 2_2); so: Binding Lb. 1 172, Schütze S. 249 N. 11, Frank N. II, v. Schwarze N. 2 (dieser freilich inkonsequent); aM. Baumgarten Versuch S. 411.

Das N. 3_3 Bemerkte steht der Möglichkeit eines strafb. Versuchs nicht entgegen; vgl. § 43 N. 28b.

6) Verhältnis des § 94 zu anderen §§. des StGB.:

a) § 80 schließt, als das besondere Gesetz (§ 73 N. 12), den § 94 aus, weil dort die „Tätlichkeit" als „Mord bzw. Mordversuch" spezialisiert ist, im übrigen aber ein besonderer Dolus sowenig wie im § 94 erfordert wird; Hälschner 2 766, Oppenh.-D. N. 6.

b) Dagegen schließt § 81^1 den § 94 nicht aus, weil jener, wenn er auch spezielle Tätlichkeiten mit Strafe bedroht, doch nicht das besondere Verhältnis berücksichtigt, in dem nach § 94 der Täter zu dem btr. Bundesfürsten stehen muß; die alleinige Anwendung des § 81^1 würde daher z. B. einer gegen den eigenen Landesherrn gerichteten Tätlichkeit nicht voll gerecht werden; demnach ist Idealkonk. möglich; aM.: Berner S. 376, H. Meyer S. 646, Schütze S. 249, Oppenh.-D. N. 6.

c) Wegen des Verhältnisses zum § 95 vgl. das. N. 8a.

d) Mit den übrigen, eine Tätlichkeit voraussetzenden, strafb. Hdlgen (N. 3) kann Idealkonk. eintreten, weil bei den betreffenden — gemeinen — Tatbeständen nicht das in der Persönlichkeit des unmittelbaren Angriffsobjektes sich ausprägende Moment des § 94 Berücksichtigung gefunden hat; so: Berner S. 376, Hälschner 2 766, John HH. 3 61 N. 1a; aM. Binding Hb. 1 351 u. Lb. 1 169, die §§ 80—100 ständen, insoweit sie Tätlichkeiten beträfen, mit den §§. über Tötung, Körperverletzg. und Freiheitsberaubg. im Verhältnisse der Alternativität (§ 73 N. 15); ferner H. Meyer aO.

7) Schon § 74 PrStGB., der für die Regel die Todesstr. androhte, ließ nach Abs. 2 eine mildere Strafe eintreten, „in minder schweren Fällen" und nach Abs. 3 eine noch mildere bei Feststellung mild. Umst. und zwar mit dem bei der Redaktion ausgesprochenen Zwecke, durch jenen Absatz die objektiv geringeren Fälle, durch diesen die Fälle der Verminderung der subjektiven Verschuldung zu treffen; Goltd. Mat. 2 83. Wenn § 94 — und neben ihm § 96, jetzt auch noch § 90 — die gleiche, im MStGB. sich häufiger findende, Unterscheidung macht, so darf, da offensichtlich das PrStGB. T. II Tit. 2 dem RStGB. T. II Abschn. 2 zum Vorbilde gedient hat, angenommen werden, daß damit die gleiche Absicht verfolgt worden sei, um so mehr, als die Motive zum Entw. I § 145 (jetzt § 146) und bsgl. der Anh. IV d. Mot. (mild. Umst.) dem Ausdruck „leichtere Fälle" ebenfalls eine objektive Bedeutung beilegen (§ 57 N. 13); so: Rubo S. 114, Gerland KrVJSchr. 45 439; nach Frank N. IV soll im Unterschiede von mild. Umst. nur die Tat selbst, nicht nachträglich auftretende Momente Berücksichtigg. finden dürfen; vgl. auch Seuffert Ein neues StGB. f. D. S. 45 N. *, daß nur obj. Momente gemeint seien, habe im Ges. keinen Anhalt.

Die Feststellung eines „minder schweren Falles" gebührt dem Richter der Strafrage (also nicht den Geschworenen); so: RG. II 10. Feb. 82 E. 6 25, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 4, Löwe-H. StPO. §§ 262 N. 3, 297 N. 1, Stenglein StPO. § 297 N. 3; aM.: Rubo S. 118, Dalcke Fragestllg. S. 55.

8a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise lebenslängl. Zuchth. (§ 14 N. 1) o. lebenslängl. Festungsh. (§ 17 N. 1), in minder schweren Fällen (N. 7) Zuchth. von 5—15 J. (§ 14_2) o. Festungsh. v. 5—15 J. (vgl. §§ 81 N. 9, 85 N. 5a), wobei für die Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist.

Bei mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 5—15 J. (§ 81 N. 9).

Digitized by Google

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

α. neben Zuchth. nach § 32 VbGN.;

β. neben Festungsh. die in Abs. 1 angedrohte (§ 81 N. 9b), jedoch nicht, falls mild. Umst. angenommen sind (anders im Falle des § 89; das. N. 4aβ).

b) Der Versuch (N. 5) ist nach den §§ 44 ff., im schweren Falle des Abs. 1, insbs. nach § $44_{2,3}$, bei Zuchth. mit der fakultativen Nebenstr. der ZulPolAuff. (§ 38 f.), zu bestrafen.

9) Nach § 67_1 findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten in fünfzehn Jahren statt.

10) Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 139^1.

§. 95.

Wer den Kaiser, seinen Landesherrn oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate dessen Landesherrn beleidigt, wird mit Gefängniß nicht unter zwei Monaten oder mit Festungshaft von zwei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 75. Entw. I § 81, II § 93. StB. S. 330, 1163.
Entw. d. StGN. Art. I § 95. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 646 f., 1323 f.

Vgl. § 99 sowie PressG. § 23^3.

1) Wegen der Person, gegen welche die Majestätsbeleidigung i. e. S. sich richtet, vgl. § 94 N. 1. Das verstorbene Staatsoberhaupt kann nicht Gegenstand eines Verg. aus § 95 sein; bei Beschimpfung seines Andenkens kann § 189 Anwendung finden, ohne daß jedoch der Gesichtspunkt der Majestätsbeleidigung dabei geltend zu machen ist; Berner S. 375, Binding Lb. 1 169, Geyer 2 130, v. Liszt S. 548, H. Meyer S. 645, Frank N. IV, Rüb.-St. N. 9, Döhn ZStrW. 21 507.

2) Der Begriff der „Beleidigung", der hier sowenig wie im Abschn. 14 definiert wird, kann nur der allgemeine sein, d. h. es ist darunter jede rechtswidrige, mit dem Bewußtsein der Ehrenkränkung vorgenommene Kundgebung zu verstehen (vgl. § 185 N. 1). So: RG. I 15. Dez. 92, 15. Juni 99, E. 23 347, 32 236, III 9. Juni 98 G. 46 335, Berlin OAG. 4. Mai 72, 4. Jan. 73, OEr. 5. Juli 73, 27. Sept. 76, 26. Okt. 77, St. 1 338, 2 153, 3 53, 6 102, 7 374, Berner S. 379, Binding Lb. 1 170, Hälschner 2 766, Merkel S 382, John HH. 3 61 f., 67, v. Liszt S. 547, H. Meyer S. 645, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 5, Rüb.-St. N. 2, Döhn aO. S. 508. AM.: Schütze S. 250, die Majestätsbeleidgg. sei begrifflich von der gemeinen Beleidigg. verschieden; ähnlich Klöppel NPreßr. S. 421. Doch scheidet die „mittels einer Tätlichkeit" (§ 185 N. 9) begangene Majestätsbeleidgg. als unter § 94 fallend aus.

Demnach ist die Ehrfurchtsverletzung als solche, ohne das Bewußtsein der Ehrenkränkung, nicht als Majestätsbeleidgg. zu erachten, wie durch die Abweichung von dem die Ehrfurchtsverletzung mit Strafe bedrohenden § 75 des PrStGB. außer Zweifel gestellt ist. So: zit. RG. G. 46 335, Berlin 19. März, 2. Juni 74, O. 15 157, St. 4 146, Berner S. 379, Binding aO., John HH. 3 62, H. Meyer aO., Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 4, Döhn aO. S. 503.

3) Tatsächlich ist dagegen nicht zu verkennen, daß der Majestät des Kaisers oder Landesherrn gegenüber häufig eine Hdlg. als ehrenkränkende aufzufassen sein wird, die es einer, wenn auch hochgestellten, Privatperson gegenüber nicht ist. So: RG. I 15. Dez. 92 E. 23 347, II 24. Sept. 97 G. 45 423, Berlin 16. Dez. 75 O. 16 802, Dresden 13. Nov. 71, Mannheim 3. Jan., München 9. Jan. 74, St. 1 172, 4 13, 3 289, Hälschner 2 766, John HH. 3 61 u. HRl. „Majestätsbeleidigg.", v. Liszt S. 547, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 4, Rüb.-St. N. 2, v. Schwarze N. 6, Döhn aO. S. 506.

Digitized by Google

eine andere strafb. Hdlg. als die aus § 94, oder ob überhaupt keine strafb. Hdlg. vorliege (§ 59 N. 13a), ist nur nach den konkreten Umständen, insbs. nach der Beschaffenheit der „Tätlichkeit" und des ihr zugrunde liegenden Dolus (N. 3) zu entscheiden; Geyer 2 130.

5) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; er liegt insbs. vor, wenn die beabsichtigte körperliche Einwirkung fehlschlägt, z. B. der Schlag den Angegriffenen nicht trifft (N. 2_2); so: Binding Lb. 1 172, Schütze S. 249 N. 11, Frank N. II, v. Schwarze N. 2 (dieser freilich inkonsequent); aM. Baumgarten Versuch S. 411.

Das N. 3_2 Bemerkte steht der Möglichkeit eines strafb. Versuchs nicht entgegen; vgl. § 43 N. 28b.

6) Verhältnis des § 94 zu anderen §§. des StGB.:

a) § 80 schließt, als das besondere Gesetz (§ 73 N. 12), den § 94 aus, weil dort die „Tätlichkeit" als „Mord bzw. Mordversuch" spezialisiert ist, im übrigen aber ein besonderer Dolus sowenig wie im § 94 erfordert wird; Hälschner 2 766, Oppenh.-D. N. 6.

b) Dagegen schließt § 81^1 den § 94 nicht aus, weil jener, wenn er auch spezielle Tätlichkeiten mit Strafe bedroht, doch nicht das besondere Verhältnis berücksichtigt, in dem nach § 94 der Täter zu dem btr. Bundesfürsten stehen muß; die alleinige Anwendung des § 81^1 würde daher z. B. einer gegen den eigenen Landesherrn gerichteten Tätlichkeit nicht voll gerecht werden; demnach ist Idealkonk. möglich; aM.: Berner S. 376, H. Meyer S. 646, Schütze S. 249, Oppenh.-D. N. 6.

c) Wegen des Verhältnisses zum § 95 vgl. das. N. 8a.

d) Mit den übrigen, eine Tätlichkeit voraussetzenden, strafb. Hdlgen (N. 3) kann Idealkonk. eintreten, weil bei den betreffenden — gemeinen — Tatbeständen nicht das in der Persönlichkeit des unmittelbaren Angriffsobjektes sich ausprägende Moment des § 94 Berücksichtigung gefunden hat; so: Berner S. 376, Hälschner 2 766, John HH. 3 61 N. 1a; aM. Binding Hb. 1 351 u. Lb. 1 169, die §§ 80—100 ständen, insoweit sie Tätlichkeiten beträfen, mit den §§. über Tötung, Körperverletzg. und Freiheitsberaubg. im Verhältnisse der Alternativität (§ 73 N. 15); ferner H. Meyer aO.

7) Schon § 74 PrStGB., der für die Regel die Todesstr. androhte, ließ nach Abs. 2 eine mildere Strafe eintreten, „in minder schweren Fällen" und nach Abs. 3 eine noch mildere bei Feststellung mild. Umst. und zwar mit dem bei der Redaktion ausgesprochenen Zwecke, durch jenen Absatz die objektiv geringeren Fälle, durch diesen die Fälle der Verminderung der subjektiven Verschuldung zu treffen; Goltd. Mat. 2 83. Wenn § 94 — und neben ihm § 96, jetzt auch noch § 90 — die gleiche, im MStGB. sich häufiger findende, Unterscheidung macht, so darf, da offensichtlich das PrStGB. T. II Tit. 2 dem RStGB. T. II Abschn. 2 zum Vorbilde gedient hat, angenommen werden, daß damit die gleiche Absicht verfolgt worden sei, um so mehr, als die Motive zum Entw. I § 145 (jetzt § 146) und bsgl. der Anh. IV b. Mot. (mild. Umst.) dem Ausdruck „leichtere Fälle" ebenfalls eine objektive Bedeutung beilegen (§ 57 N. 13); so: Rubo S. 114, Gerland KrVJSchr. 45 439; nach Frank N. IV soll im Unterschiede von mild. Umst. nur die Tat selbst, nicht nachträglich auftretende Momente Berücksichtigg. finden dürfen; vgl. auch Seuffert Ein neues StGB. f. D. S. 45 N. *, daß nur obj. Momente gemeint seien, habe im Ges. keinen Anhalt.

Die Feststellung eines „minder schweren Falles" gebührt dem Richter der Strafzumessung (also nicht den Geschworenen); so: RG. II 10. Feb. 82 E. 6 25, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 4, Löwe-H. StPO. §§ 262 N. 3, 297 N. 1, Stenglein StPO. § 297 N. 3; aM.: Rubo S. 118, Dalcke Fragestllg. S. 55.

8a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise lebenslängl. Zuchth. (§ 14 N. 1) o. lebenslängl. Festungsh. (§ 17 N. 1), in minder schweren Fällen (N. 7) Zuchth. von 5—15 J. (§ 14_2) o. Festungsh. v. 5—15 J. (vgl. §§ 81 N. 9, 85 N. 5a), wobei für die Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist.

Bei mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 5—15 J. (§ 81 N. 9).

Digitized by Google

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

α. neben Zuchth. nach § 32 StGB.;

β. neben Festungsh. die in Abs. 1 angedrohte (§ 81 N. 9b), jedoch nicht, falls mild. Umst. angenommen sind (anders im Falle des § 89; das. N. 4aβ).

b) Der Versuch (N. 5) ist nach den §§ 44 ff., im schweren Falle des Abs. 1, insbs. nach § 44$_{2,3}$, bei Zuchth. mit der fakultativen Nebenstr. der ZulPolAuff. (§ 38 f.), zu bestrafen.

9) Nach § 67$_1$ findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten in fünfzehn Jahren statt.

10) Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73$^{2-7}$, 139^1.

§. 95.

Wer den Kaiser, seinen Landesherrn oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate dessen Landesherrn beleidigt, wird mit Gefängniß nicht unter zwei Monaten oder mit Festungshaft von zwei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 75. Entw. I § 81, II § 93. StB. 8. 330, 1168.
Entw. d. StGB. Art. I § 95. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 646 f., 1333 f.

Vgl. § 99 sowie PressG. § 23^1.

1) Wegen der Person, gegen welche die Majestätsbeleidigung i. e. S. sich richtet, vgl. § 94 N. 1. Das verstorbene Staatsoberhaupt kann nicht Gegenstand eines Verg. aus § 95 sein; bei Beschimpfung seines Andenkens kann § 189 Anwendung finden, ohne daß jedoch der Gesichtspunkt der Majestätsbeleidigung dabei geltend zu machen ist; Berner S. 375, Binding Lb. 1 169, Geyer 2 130, v. Liszt S. 548, H. Meyer S. 645, Frank N. IV, Rüd.-St. N. 9, Döhn ZStrW. 21 507.

2) Der Begriff der „Beleidigung", der hier sowenig wie im Abschn. 14 definiert wird, kann nur der allgemeine sein, d. h. es ist darunter jede rechtswidrige, mit dem Bewußtsein der Ehrenkränkung vorgenommene Kundgebung zu verstehen (vgl. § 185 N. 1). So: RG. I 15. Dez. 92, 15. Juni 99, E. 23 347, 32 236, III 9. Juni 98 G. 46 335, Berlin OAG. 4. Mai 72, 4. Jan. 73, OTr. 5. Juli 73, 27. Sept. 76, 26. Okt. 77, St. 1 338, 2 153, 3 53, 6 102, 7 374, Berner S. 379, Binding Lb. 1 170, Hälschner 2 766, Merkel S 382, John HH. 3 61 f., 67, v. Liszt S. 547, H. Meyer S. 645, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2, Döhn aO. S. 508. AM.: Schütze S. 250, die Majestätsbeleidigg. sei begrifflich von der gemeinen Beleidigg. verschieden; ähnlich Klöppel NPreßr. S. 421. Doch scheidet die „mittels einer Tätlichkeit" (§ 185 N. 9) begangene Majestätsbeleidigg. als unter § 94 fallend aus.

Demnach ist die Ehrfurchtsverletzung als solche, ohne das Bewußtsein der Ehrenkränkung, nicht als Majestätsbeleidgg. zu erachten, wie durch die Abweichung von dem die Ehrfurchtsverletzung mit Strafe bedrohenden § 75 des PrStGB. außer Zweifel gestellt ist. So: zit. RG. G. 46 335, Berlin 19. März, 2. Juni 74, O. 15 157, St. 4 146, Berner S. 379, Binding aO., John HH. 3 62, H. Meyer aO., Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 4, Döhn aO. S. 503.

3) Tatsächlich ist dagegen nicht zu verkennen, daß der Majestät des Kaisers oder Landesherrn gegenüber häufig eine Hdlg. als ehrenkränkende aufzufassen sein wird, die es einer, wenn auch hochgestellten, Privatperson gegenüber nicht ist. So: RG. I 15. Dez. 92 E. 23 347, II 24. Sept. 97 G. 45 423, Berlin 16. Dez. 75 O. 16 802, Dresden 13. Nov. 71, Mannheim 3. Jan., München 9. Jan. 74, St. 1 172, 4 13, 3 289, Hälschner 2 766, John HH. 3 61 u. HRl. „Majestätsbeleidigg.", v. Liszt S. 547, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 6, Döhn aO. S. 506.

Digitized by Google

4) Was den Inhalt der ehrenkränkenden Kundgebung betrifft, so ist es gleichgültig:

a. ob sie sich bezieht auf Hdlgen des Souveräns als solchen oder auf Hdlgen seines Privatlebens bzw. während eines Inkognitoauftretens, da das StGB. nicht mehr mit der alten Doktrin ein crimen laesae majestatis von einem crimen laesae venerationis unterscheidet; RG. III 23. Juni 80 E. 2 213, Berner S. 375, Hälschner 2 764, 769, H. Meyer S. 645, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 6;

b. ob sie eine vor oder nach Erlangung der Souveränität vorgenommene Hdlg. betraf; so: RG. III 21. Mai 83 E. 8 338, Geyer 2 130, Hälschner 2 769, John HH. 3 62 u. HRl. „Majestätsbeldgg.", v. Liszt S. 548, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 8; aM. v. Schwarze N. 2;

c. ob sie eine durch die Verantwortlichkeit des Kanzlers oder Ministers gedeckte Regierungshandlung betrifft, wenn nur die Kundgebung den Souverän für dieselbe (moralisch) verantwortlich machen wollte; so: RG. III 16. März 81, I 15. Juni 99, E. 3 433, 32 236, Berner S. 375, Geyer 2 130, John HH. 3 63 u. HRl. „Majestätsbeldgg.", v. Liszt S. 548, H. Meyer S. 645, Frank N. 1, Meves N. 6, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 5.

5) Die Kundgebung selbst kann durch eine Hdlg. geschehen oder in derselben Weise wie andere Verbotsverletzungen durch eine Unterlassung; § 1 N. 3a u. T. I Abschn. 3 N. 3. Aus dem letzteren Gesichtspunkte ist auch die Frage zu beantworten, inwiefern das Sitzenbleiben bei einem Hoch eine Majestätsbeleidigg. enthält; RG. III 9. Juni 98 G. 46 335; vgl. auch Döhn aO. S. 503.

6) Subjektiv ist erforderlich, daß die Verlautbarung der Kundgebung dem Willen des Kundgebenden entsprach und daß er dabei des ehrenkränkenden Charakters für den Kaiser oder Landesherrn sich bewußt war (RG. III 23. Juni 80 E. 2 213, II. 24. Sept. 97 G. 45 423, eine darüber hinausgehende Absicht werde nicht verlangt, auch nicht von dem N. 7_2 zit. RG. E. 8 338 für erforderlich erklärt), was auch möglich ist, wenn der Angriff seinem Wortlaute nach gegen Vorfahren des Souveräns und deren Handlungen (N. 1) sich richtet; RG. IV 7. Feb. 96 E. 28 171 (dagegen jedoch Binding Lb. 1 171 N. 2); ferner aber das Bewußtsein davon, daß die Beziehung der Äußerung auf den Kaiser ꝛc. von anderen, denen die Worte zur Kunde gebracht würden, erkannt werden könne o. müsse; RG. IV 12. Okt. 97 E. 30 270, das im übrigen mit Recht Eventualdolus für ausreichend erachtet. Die Negativfeststellung, daß ein Beleidigungsvorsatz in diesem Sinne nicht vorhanden gewesen, schließt eine Verurteilung aus § 95 aus; RG. III 17. März 80 E. 1 321, IV 13. Feb. 85 N. 7 107.

Bei der hiernach zulässigen Anwendung des $§ 59_1$ im Falle vorliegender Unkenntnis seitens des Kundgebenden darüber, daß die Person, gegen welche seine Kundgebung sich richtete, eine der im § 95 bezeichneten sei, kann nach dem N. 3 Bemerkten je nach Umständen noch eine andere strafb. Hdlg. bestehen bleiben oder nicht anzunehmen sein (§ 94 N. 4); so: Geyer 2 130, Hälschner 2 768; aM.: Berner S. 375, die B. werde beim Nichterkennen des Staatsoberhauptes zu einer gemeinen B., Binding Normen 2 603 N. 898.

7) Die Majestätsbeleidgg. ist im § 95 ohne jede Bezugnahme auf die im Abschn. 14 behandelte gemeine Beleidgg. als ein selbständiges Verg. hingestellt; eine Übertragung der speziell von jener gegebenen Bestimmungen auf diese ist deshalb ausgeschlossen. So: RG. II 4. Okt. 81 E. 5 46 (bezüglich der §§ 192—194), München 9. Jan., Berlin 2. Juni 74, 27. Sept. 76, St. 3 289, 4 146, 6 102, Geyer 2 130, Merkel S. 383, H. Meyer S. 645, Oppenh.-D. N. 11, Rüb.-St. N. 4, v. Schwarze N. 7, Kronecker GS. 41 202 (speziell btr. § 199). AM.: Rubo N. 6, der nur das Antragserfordernis durch die Fassung des § 194 für ausgeschlossen erachtet, ferner: Binding Lb. 1 170, Hälschner 2 768, John HH. 3 69, v. Liszt S. 547, insofern sie die Bestimmungen des Abschn. 14, die bezweckten, den Begriff der Beleidigung überhaupt näher zu bestimmen, folglich nur zufällig in Abschn. 14 Aufnahme gefunden hätten (namentl. die §§ 192, 193), auch auf die Majestätsbeleidgg. anwenden wollen. Eine eigentümliche Ansicht vertritt Döhn aO. S. 515 ff.

Diese letztere Ansicht ist jedoch nur insofern richtig, als auch gegenüber der Majestätsbeleidgg. die allgemeinen Grundsätze, namentl. über den Dolus, insbs. den Eventualdolus (vgl. RG. III 22. Apr. 01 G. 48 298), Platz greifen und diese folglich

Digitized by Google

auch beim § 95 (bzgl. beim § 97) insoweit Anwendung finden, als sie im Abschn. 14 Ausdruck gefunden haben, aber nicht, weil letzteres geschehen, sondern wegen ihres allgemein gültigen Inhalts; dementsprechend haben auch RG. III 21. Mai 83 E. 8 338, 17. Dez. 88 N. 10 724 anerkannt, daß, insoweit § 193 nur die allg. Grundsätze über Dolus zum Ausdruck bringe, das ihm zugrunde liegende allgemeine Prinzip auch für Majestätsbeleidggen anwendbar sein müsse; für die Anwendbarkeit des materiellen Grundsatzes des § 193 insbs. auch Geyer 2 130, Binding, v. Liszt, Merkel aO., Frank N. III u. Klöppel NPreßr. S. 422.

Von diesem Gesichtspunkte aus beantwortet sich insbs. auch die Frage nach der Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises bei der ehrenrührigen Nachrede (§ 192). Mit Recht hat RG. III 23. Juni 80 E. 2 213 ihn bei der Majestätsbeleidg. für ausgeschlossen erklärt, weil jeder derartige Angriff gegenüber der Unverletzlichkeit des Staatsoberhauptes notwendig ein widerrechtlicher sei; so ferner: Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 4, Gertscher G. 32 53. AM., außer Binding (S. 171), Hälschner, John, v. Liszt u. Frank: Geyer 2 130, Zimmermann G. 31 193, auch Merkel aO., insofern er analoge Anwendung zuläßt, ferner H. Meyer S. 645, insofern er trotz Nichtanwendbarkeit der Vorschriften des StGB. über den Wahrheitsbeweis der Wahrheit der Tatsache einen Einfluß auf die Eigenschaft als Majestätsbldgg. einräumt.

8) Das Verhältnis des § 95 betreffend:

a. zum § 94, so schließt dieser § 95 aus, insofern die Beleidgg. „mittels einer Tätlichkeit" begangen wird (§ 185 N. 9), da diese Hdlg. aus der Beleidgg. speziell herausgehoben ist und im übrigen in beiden §§. der Angriff gegen dieselben Personen sich richtet; so: Hälschner 2 766, John HH. 3 61, Schütze S. 249, Meves S. 118, Rubo N. 4; aM. Oppenh.-D. N. 9;

b. zu den §§ 185 ff., so schließt § 95, als der speziellere, bei einfacher Beleidgg. einer der im § 95 bezeichneten Personen, den § 185 aus (während die tätliche Beleidgg. nach dem zu a Bemerkten nicht weiter in Frage kommt); dagegen liegt Idealkonk. der §§ 95, 185 vor, wenn „durch eine u. dieselbe Hdlg." eine der im § 95 bezeichneten Personen und eine andere Person beleidigt werden; RG. I 7. Apr. 81, BStS. 17. Apr. 82, E. 4 218, 6 180. Auch kann Idealkonk. zwischen § 95 und den §§ 186, 187 stattfinden, weil § 95 der Besonderheit der üblen Nachrede und der verleumderischen Beleidigung nicht gerecht wird; aM.: Binding Hb. 1 352 u. Lb. 1 169, der hier ein Verhältnis der Alternativität (§ 73 N. 15) annimmt, Hälschner 2 771, Frank N. V (außer wenn die B. gleichzeitig gg. eine andere Person sich wende). Allerdings ist die Idealkonk. hier nicht von praktischer Bedeutung, weil die Bestrafung stets aus § 95 zu erfolgen hat; vgl. aber § 99 N. 1.

9) Die Hauptstrafe ist wahlweise Gef. von 2 Mt. — 5 J. (§ 14_3) o. Festungsh. von 2 Mt. — 5 J. (§ 17_2).

Als Nebenstrafe kann hier neben Gefängnis, ausnahmsweise nicht neben Festungsh., die im Abs. 2 angedrohte erkannt werden (§ 81 N. 9b).

Daß § 200 keine Anwendung findet, ergibt sich aus dem N. 7_1 Bemerkten; so auch indirekt die § 200 N. 2 zitt. RG. E. 4 218, 6 180; aM.: Binding Lb. 1 171, Frank N. III, Rosenfeld Nebenklage S. 11 N. 74, alle drei auch ebenso btr. der Zulässigkt. einer Buße.

10) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

11) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 96.

Wer einer Thätlichkeit gegen ein Mitglied des landesherrlichen Hauses seines Staats oder gegen den Regenten seines Staats oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate einer Thätlichkeit gegen ein Mitglied des landesherrlichen Hauses dieses Staats oder gegen den Regenten dieses Staats sich schuldig macht, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer, in minder schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Digitized by Google

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem bis zu fünf Jahren ein.

PrStGB. § 76. Entw. I § 82, II § 94. StB. S. 381.

Vgl. § 100.

Zu §§ 96, 97. N. 1, 2.

1) In den Fällen der §§ 96 u. 97 richten die strafb. Hdlgen sich entweder gegen „ein Mitglied des landesherrlichen Hauses" oder gegen „den Regenten", sei es desjenigen Bundesstaats, dem der Täter als Untertan angehört, sei es desjenigen, in dem er sich aufhält; vgl. deshalb § 80 N. 3.

a) Wer „Mitglied des landesherrlichen Hauses" sei, bestimmt sich nach dem Staatsrecht (insbs. der Verfassung u. den Hausgesetzen) der einzelnen Bundesstaaten bzw. ev. ergänzend nach dem D. Staats- u. Privatfürstenr.; so: RG. III 28. Sept. 91, IV 16. Sept. 92, E. 22 141, 23 239, H. Meyer S. 646 N. 12, Frank N. 1, Rubo N. 2, auch Rüd.-St. N. 2, obgleich er, ebenso wie Binding Lb. 1 173, die Ansicht von Oppenh.-D. N. 2, der eine allgemein gültige Definition gibt, für zutreffend erklärt. Nach den zitt. RG. ist aber der Begriff hier jedenfalls in dem engeren, auf die hausherrliche Familiengewalt des Souveräns über seine ihm tatsächlich u. unmittelbar unterworfenen Familienangehörigen beschränkten Sinne gebraucht, umfaßt also solche Angehörigen nicht mit, die — wie außerdeutsche Souveräne — außerhalb des Bereichs der dem Souverän zustehenden Haus- u. Familiengewalt sich befinden; so auch: Binding Lb. aO. (mit einer Abweichung von dem zit. RG. E. 22 241), v. Liszt S. 549 N. 10, v. Bar Lehrbuch S. 270, Frank ZStrW. 14 374; vgl. auch über den Standes- u. Rangverlust der Ausgeschiedenen (Ausgetretenen u. Ausgeschlossenen) Opet DJZ. 8 139. In casu wurde durch die zitt. RG. die Eigenschaft eines Mitgl. des Herzogl. Sächs.-Cob.-Goth. bzw. des PrKönigs-Hauses btr. des Fürsten Ferdinand v. Bulgarien bzw. des Prinzregenten v. Braunschweig bejaht; aM. btr. des Fürsten v. Bulgarien v. Bar aO. N. 24, weil es darauf ankomme, ob das btr. Mitglied tatsächlich ausw. Souverän sei.

b) Bezüglich des „Regenten" eines Bundesstaats gilt dasselbe.

2) Ein kaiserliches Haus im staatsrechtl. S. gibt es angesichts der RV. Art. 11 nicht, obschon durch Erlaß v. 18. Jan. 1871 (PrBMBl. S. 2) dem Kronprinzen von Preußen die Würde „Kronprinz des DR." beigelegt ist; v. Liszt S. 548, H. Meyer S. 646 N. 12.

Dagegen ist die rechtliche Möglichkeit, daß das Präsidium des Bundes durch einen Regenten ausgeübt werde, nicht ausgeschlossen; Laband Staatsr. 1 201. Diesem würde aber der besondere Schutz des § 96 nicht zustatten kommen; H. Meyer (4. Aufl.) S. 811.

Insbs. kann in Elsaß-Lothringen die Beleidgg. von Mitgliedern des PrKönigshauses nicht aus §§ 96, 97 bestraft werden, da der Kaiser dort nicht „Landesherr" und jene folglich dort nicht „Mitglieder des landesherrlichen Hauses" sind; auch bezüglich einer Beleidgg. des Kronprinzen des DR. kann nach dem oben Abs. 1 Bemerkten nichts anderes gelten. So: RG. I 17. Apr. 84, 26. Apr. 88, E. 10 312, 17 334 (letzteres mit eingehender Begründung), RDHG. 15. Mai 74 E. 13 255, Binding Lb. 1 173 f., Geyer 2 129, v. Liszt S. 549 N. 10, Merkel S. 382, H. Meyer S. 646 N. 13, Frank N. 11. Vgl. übrigens § 101 N. 1.

Zu § 96. N. 3—6.

3) Wegen „Tätlichkeit" vgl. § 94 N. 2, 3, wegen der Möglichkeit eines Versuchs das. N. 5, sowie wegen der „minder schweren Fälle" das. N. 7.

4a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise Zuchth. von 5—15 J. (§ 14_3) o. Festungsh. von 5—15 J. (vgl. §§ 17_2, 81 N. 9, 85 N. 5a), in minder schweren Fällen (N. 3) Zuchth. von 1—5 J. o. Festungsh. von 1—5 J. (vgl. § 85 N. 5a), wobei für die Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist.

Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 1—5 J.

Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. nach § 32 BbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 3) ist nach den §§ 44 ff., insbs. § 44_4, zu bestrafen.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

6) Zuständig ist AchmG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

Digitized by Google

§. 97.

Wer ein Mitglied des landesherrlichen Hauses seines Staats oder den Regenten seines Staats oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate ein Mitglied des landesherrlichen Hauses dieses Staats oder den Regenten dieses Staats beleidigt, wird mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

PrStGB. § 77. Entw. I § 83, II § 95. StB. S. 381.

Vgl. § 101.

1) Wegen der Personen, gegen welche die Beleidgg. sich richtet, vgl. §§ 95 N. 1, 96 N. 1, 2, wegen der „Beleidigung" selbst N. 2 ff. zum § 95. Vgl. noch Döhn ZStrW. 21 478.

2) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 Mt.—3 J. (§ 16) o. Festungsh. von gleicher Dauer (§ 17_2).

3) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

4) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27, 75.

Dritter Abschnitt.
Beleidigung von Bundesfürsten.

1) Dieser Abschn., hinsichtlich dessen Überschrift Abschn. 2 N. 1 zu vergleichen, enthält die in der Strafbarkeit mittlere Stufe der Majestätsbeleidigung i. w. S. (vgl. RG. II 25. Jan. 89 E. 18 382) — diejenige gegen andere Bundesfürsten als die im Abschn. 2 N. 2 bezeichneten. Wegen Regelung der Materie vgl. E. II Abschn. 1 N. 2.

2) Inwieweit wegen der im Abschn. 3 mit Strafe bedrohten Hdlgen, wenn sie im Auslande begangen sind, eine Verfolgung stattfindet, darüber vgl. § 4 N. 11 b.

§. 98.

Wer außer dem Falle des §. 94 sich einer Thätlichkeit gegen einen Bundesfürsten schuldig macht, wird mit Zuchthaus von zwei Jahren bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 80, II § 96. StB. S. 381, 1168.

Zu §§ 98, 99. N. 1.

1) In den Fällen der §§ 98 u. 99 richten die strafb. Hdlgen sich gegen „einen Bundesfürsten", sofern er nicht zu den in den §§ 94 u. 95 genannten gehört, welche dort wegen ihres besonderen Verhältnisses zum Täter als „Landesherren" bezeichnet sind; vgl. § 94 N. 1 bzw. § 80 N. 3_3.

Zu § 98. N. 2—5.

2) Wegen „Tätlichkeit" vgl. § 94 N. 1, 2 sowie wg. Möglichkt. e. Versuchs das. N. 5.

3a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise Zuchth. von 2—10 J. (§ 14_2) o. Festungsh. von 2—10 J. (vgl. §§ 17_2, 81 N. 9), wobei für die Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist.

Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 6 Mt.—10 J.

Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 2) ist nach den §§ 44 ff., insbs. § 44_4, zu bestrafen.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

5) Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

Digitized by Google

§. 99.

Wer außer dem Falle des §. 95 einen Bundesfürsten beleidigt, wird mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 81, II § 97. StB. S. 381 f.

1) Wegen der Person, gegen welche die Beleidgg. sich richtet, vgl. N. 1 zum § 98 sowie N. 1 zum § 95, wegen der „Beleidigung" selbst N. 2 ff. zum § 95; die Nichtanwendbarkeit des § 193 auf den Fall des § 99 spricht das E. II Abschn. 3 N. 1 zit. RG. E. 18 382 aus. Bei Idealkonk. (§ 95 N. 8 b) mit der öffentlichen Verleumdung ist die Strafe aus § 187, Satz 2 zu bestimmen; Binding Hb. 1 352.

2) Nach Abs. 2 tritt hier und gleicherweise im Falle des § 101 die Verfolgung nur „mit Ermächtigung" des Beleidigten ein. Der Entw. II bediente des gleichen Ausdrucks sich in den §§ 191, 192 (StGB. § 197) und wurde in Anlehnung hieran auf Antrag des Abg. v. Luck die Aufnahme des Abs. 2 beschlossen, während ein Antrag des Abg. Meyer (Thorn) die Verfolgung von einem Antrage abhängig machen wollte; StB. S. 381.

3) Demgemäß sind die sog. Ermächtigungsdelikte von den sog. Antragsdelikten (§§ 61 ff.) zu unterscheiden; vgl. Hausmann Beleidgg. gesetzgbder Versammlungen 2c. u. die rechtl. Natur d. Ermächtigg., insbs. S. 27 ff.

a) Allerdings ist weder die materielle Bedeutung der Ermächtgg. eine andere wie die des Antrages, noch ist die formelle Behandlung eine andere (§ 61 N. 1), indem auch beim Mangel der Ermächtigung die Strafverfolgung ausgeschlossen ist, die Ermächtigung selbst also eine Prozeßvoraussetzung bildet (N. 4). Hieraus ergibt sich, daß der Charakter der Hdlg. als einer „strafbaren" durch das Fehlen der Ermächtgg. sowenig berührt wird wie durch das Fehlen des Antrages (E. I Abschn. 3 N. 6). Bei fehlender Ermächtigung btr. Eines Teilnehmers sind somit andere Teilnehmer, hinsichtlich deren jene erteilt ist, strafbar (c); Birkmeyer aO.

b) Die Ermächtgg. ist ihrer äußeren Erscheinung nach regelmäßig Erteilung der Genehmigung (Zustimmung) zu der von der StAschaft nach Mitteilung derselben beabsichtigten strafrechtl. Verfolgung. Allein es ist nicht richtig, „Ermächtigung" lediglich mit „Genehmigung" gleichzustellen, wie der Antragsteller v. Luck es tat. Zweifellos kann vielmehr der zur Ermächtgg. Berechtigte aus eigener Initiative den Anstoß zur Strafverfolgung geben; Binding Hb. 1 615. Wenn dieser aber die Ermächtgg. als einen „vom Staatsanwalt zu provozierenden oder provozierten Antrag" kennzeichnet und die Befugnis zur Antragstellung aus eigener Initiative des Ermächtigungsberechtigten daraus herleitet, daß der „Antrag gegenüber der Ermächtgg. das Kleinere" sei, so ist demgegenüber hervorzuheben, daß der Antrag den positiv auf strafrechtl. Verfolgung gerichteten Willen erfordert (§ 61 N. 38), während die Ermächtgg. nur negativ zum Ausdruck bringt, der Wille des Berechtigten sei der Verfolgung nicht entgegen; H. Meyer S. 298, Frank N. II 1. Daß ein auf Verfolgung gerichteter Antrag auch diesem Erfordernisse genüge, erhellt von selbst.

c) Nach dem eben Bemerkten können die speziell betreffs des Strafantrages gegebenen Vorschriften keineswegs als solche auf die Ermächtgg. angewendet werden; so die GM., insbs. RG. I 15. Jan. 00 E. 33 66, abgesehen von Binding Hb. 1 615. Dies gilt namentl. von der Antragsfrist. Desgleichen von der Form, weshalb eine „Ermächtigung" nicht der von der StPO. § 156, vorgeschriebenen Form zu entsprechen braucht, vielmehr stets nur die Tatsache der Erteilung der Ermächtgg. von Bedeutung ist; so: RG. III 14. Dez. 82 E. 7 382 (btr. § 197), II 25. Jan. 89 E. 18 382, Berlin 9. Nov. 76 O. 17 728. Auch das Verbot der Teilbarkeit des Antrages kann seiner positiven Natur nach auf die Ermächtgg. nicht erstreckt werden; so: Geyer 1 212, Schütze S. 172 N. 2 b, Frank N. II 2; aM.: Binding Hb. 1 636 N. 1, Finger 1 191 N. 255.

Digitized by Google

d) Andere Grundsätze gelten freilich bei den Ermächtigungsdelikten ebenso wie bei den Antragsdelikten. So ist selbstverständlich auch bei jenen ein Verzicht unwirksam (§ 61 N. 49b). Dsgl. kann die Zurücknahme nicht für zulässig erachtet werden, da sie nicht positiv gestattet ist (vgl. § 64); so die GM., insbs. zit. RG. E. 33 66. Endlich wird auch zus. ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung durch den Mangel der Ermächtigung der Lauf der Verjährung nicht gehindert; § 69_2.

4) In prozessualer Beziehung kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur angenommen werden, daß die „Ermächtigung" nicht bloß eine „Urteils-" sondern auch eine Prozeß-Voraussetzung" bilde; Bennecke-B. S. 224. Gegen letzteres wird namentl. angeführt, daß die „Ermächtigung" mit „Genehmigung" gleichzustellen sei (N. 3b); so jedoch: Finger 1 191 (der Mangel der Ermächtigg. sei resolutive Bedingung f. d. entstandene Klagerecht), Schütze S. 172, 251, v. Schwarze N. 1 (die Verfolgung werde durch Ablehnung der Ermächtgg. ausgeschlossen); Hälschner 1 722 hält ein gerichtliches Verfahren insoweit für zulässig, als es nötig sei, festzustellen, ob ein ausreichender Grund zur Fortsetzung der strafrechtl. Verfolgung vorliege. Allein diese Ansicht geht zu weit; denn wenn auch mit Rüd.-St. N. 2 vorläufige Maßregeln für zulässig zu erachten sind, so beruht dieses doch nur auf einer analogen Anwendung der §§ 127_3, 130 StPO., die nach dem Gedanken, der diesen für die Antragsdelikte gegebenen Vorschriften zugrunde liegt, nicht ausgeschlossen erscheint; Geyer 1 212, Oppenh.-D. N. 2, Löwe-H. StPO. § 127 N. 7.

Hiernach finden die in den N. 60 ff. zum § 61 bezüglich des Antrages entwickelten prozessualen Grundsätze auch bei der Ermächtgg. Anwendung, da die prozessuale Natur beider eine gleiche ist. Dies gilt namentl. bezüglich der Feststellung des Vorliegens der Ermächtgg.; Berlin 9. Nov. 76 D. 17 728, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3. Desgleichen muß, unter analoger Anwendung der StPO. § 259_3, Einstellung des Verfahrens erfolgen, falls das Fehlen der erforderlichen Ermächtgg. sich ergibt; Binding Hb. 1 613 N. 11, Geyer 1 212, v. Liszt S. 196, Oppenh.-D. N. 2. Auch betreffs der Form, in der die Einstellung auszusprechen ist, gilt das beim Antrage (§ 61 N. 57) Bemerkte analog.

5) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 Mt.—3 J. (§ 16) o. Festungsh. von gleicher Dauer (§ 17_2).

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

7) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27, 75.

§. 100.

Wer außer dem Falle des §. 96 sich einer Thätlichkeit gegen ein Mitglied eines bundesfürstlichen Hauses oder den Regenten eines Bundesstaats schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem Monat bis zu drei Jahren ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 82, II § 96. StB. S. 332.

1) In den Fällen des § 100 richten die strafb. Hdlgen sich entweder gegen „ein Mitglied eines bundesfürstlichen Hauses" oder „den Regenten eines Bundesstaats", sofern sie nicht zu den in den §§ 96 u. 97 genannten gehören, welche dort wegen ihres besonderen Verhältnisses zum Täter als „Mitglieder des landesherrlichen Hauses" bzw. als „Regent seines Staats" bezeichnet sind; vgl. § 96 N. 1 bzw. § 80 N. 3_2.

2) Wegen „Tätlichkeit" vgl. § 94 N. 1, 2 sowie wegen der Möglichkeit eines Versuchs das. N. 5.

3a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise Zuchth. von 1—5 J. (§ 14_1) o. Festungsh. von 1—5 J. (vgl. §§ 17_2, 81 N. 9), wobei für die Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist.

Digitized by Google

Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 1 Mt.—3 J. Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 2) ist nach den §§ 44 ff., insbs. § 44_4, zu bestrafen.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

5) Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^2, 136^1.

§. 101.

Wer außer dem Falle des §. 97 den Regenten eines Bundesstaats beleidigt, wird mit Gefängniß von Einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 82, II § 99. StB. S. 382 f., 1163.

1) Wegen des „Regenten" als der Person, gegen welche die Beleidigung sich richtet, vgl. §§ 96 N. 1, 95 N. 1, sowie wegen der „Beleidigung" selbst § 95 N. 2 ff. Die Beleidigung eines „Mitgliedes eines bundesfürstlichen Hauses", außer dem Falle des § 97, fällt lediglich als gemeine Beleidigung unter Abschn. 14; H. Meyer S. 646.

2) Wegen der „Ermächtigung" (Abs. 2) vgl. § 99 N. 2 ff.

3) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 W. — 1 J. (§ 16) o. Festungsh. von gleicher Dauer (§ 17_3).

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_3 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

5) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

Vierter Abschnitt.

Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten.

§. 102.

Ein Deutscher, welcher im Inlande oder Auslande, oder ein Ausländer, welcher während seines Aufenthalts im Inlande gegen einen nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staat oder dessen Landesherrn eine Handlung vornimmt, die, wenn er sie gegen einen Bundesstaat oder einen Bundesfürsten begangen hätte, nach Vorschrift der §§. 81 bis 86 zu bestrafen sein würde, wird in den Fällen der §§. 81 bis 84 mit Festungshaft von Einem bis zu zehn Jahren oder, wenn mildernde Umstände vorhanden sind, mit Festungshaft von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in den Fällen der §§. 85 und 86 mit Festungshaft von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft, sofern in dem anderen Staate dem Deutschen Reich die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. §§ 78, 81. Entw. I § 84, II § 100. StB. S. 383.
Entw. d. StGN. Art. I § 102. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 790 ff., 1323 ff.

Zu §§ 102, 103. N. 1—5.

1) Das StGB. für den NDB. unterschied in den §§ 102, 103 zwischen Hdlgen, gerichtet gegen einen „nicht zum NDB. gehörenden Deutschen Staat" bzw. dessen Landesherrn oder Regenten, und zwischen Hdlgen, gerichtet „gegen einen anderen Staat" bzw. dessen Landesherrn oder Regenten. Während die Strafandrohung für beide Kategorieen von Handlungen gleich war, wurde nur bezüglich der letzteren die Gegenseitigkeit erfordert. Dadurch, daß bei der Redaktion des „StGB. für den NDB." als „StGB. für das DR."

Digitized by Google

(S. 3) ein Unterschied zwischen den nicht zum DR. gehörenden Staaten nicht ferner gemacht wurde, trat insofern eine materielle Änderung ein, als hinfort für die — i. S. des StGB. für den NDB. — „Deutschen Staaten" Österreich, Luxemburg u. Liechtenstein die Gegenseitigkeit Bedingung der Strafbarkeit wurde; Binding Lb. 2 499 N. 3, Hälschner 2 772 N. 2, Rüd.-St. N. 4.

2) Außer durch das Vorliegen des Deliktstatbestandes ist die Strafbarkeit der Hdlg. im Falle der §§ 102 u. 103 dadurch bedingt, daß „in dem anderen Staate dem DR. die Gegenseitigkeit verbürgt ist"; anderenfalls ist die normwidrige Hdlg. nicht Verbrechen; so: RG. III 2. Juli 81 N. 3 457, Binding Hb. 1 592, v. Liszt S. 193, Frank Abschn. 4 N., Oppenh.-D. N. 10, Stein Privates Wissen S. 188 N. 46, Finger S. 50 46; aM.: H. Meyer S. 296, Rüd.-St. N. 7, es handle sich um ein Tatbestandsmerkmal. Der Entw. der StGN. wollte diese Bedingung beseitigen, jedoch hat der RT. daran festgehalten. Es liegt hier sonach ein Fall vor, in dem „die Anwendbarkeit des inländ. Strafgesetzes durch das Dasein ausl. Strafgesetze bedingt ist"; so Binding Hb. 1 269; vgl. auch Normen 1 235. Allein das bloße „Dasein" ausl. Strafgesetze, d. h. also der Umstand, daß die btr. Hdlgen im Ausl. überhaupt mit Strafe bedroht sind, genügt nicht, vielmehr erfordert der Begriff der „Gegenseitigkeit", daß die D. Bundesstaaten bzw. die Bundesfürsten und Regenten solcher Staaten einen wesentlich gleichen Rechtsschutz genießen, als wie er durch die §§ 102 f. gewährt wird, daß also speziell die gegen die bezeichneten Personen gerichteten Hdlgen mit einer strengeren Strafe bedroht sind, als wenn sie gegen Privatpersonen begangen werden; so: Hälschner 2 774, H. Meyer S. 641, Frank N. II 1 u. § 103 N., Oppenh.-D. N. 9, Rüd.-St. N. 6, v. Bar Lehrbuch S. 268; im wesentlichen auch Binding Hb. 1 593 N. 13 u. Lb. 1 174, 2 499, fielen die Hdlgen unter die allg. Strafgesetze, so sei von Gegenseitigkt. keine Rede, vielmehr müsse ein annähernd gleiches Maß im Ernst der Repressivmittel obwalten. Nicht erfordert wird, daß die Verbürgung der Gegenseitigkeit in D. amtlich bekannt gemacht sei (vgl. Warenzeichenschutz G. v. 12. Mai 1894 § 23); Lammasch ZStrW. 3 398.

3) Handelt es sich übrigens um die Anwendung eines bedingten Strafgesetzes, das erst mit gewährter Gegenseitigkeit in Wirksamkeit zu treten hat, so ergibt sich daraus, daß der die Gegenseitigkeit verbürgende ausl. Akt (N. 4 b) nach § 2 bereits zur Zeit der Begehung der Handlung, nicht also erst z. B. des Eintrittes der Verfolgung, in Kraft getreten (nicht bloß verkündet) sein muß (§ 2 N. 6_2); so: Binding Hb. 1 592, 270 u. Lb. 1 174, 2 500, v. Bar Lehrb. S. 268, außerdem natürlich, wer in der „Gegenseitigkeit" ein Tatbestandsmerkmal sieht (N. 2); aM. v. Liszt S. 194 insofern, als er die Wirkung der Bedingung, wenn sie eintritt, auf den Zeitpunkt der Begehung zurückbezieht; so de lege lata anscheinend auch Lammasch ZStrW. 3 400.

4) Die Gegenseitigkeit muß „verbürgt" sein.

a) Es fragt sich zunächst, welches Verhältnis der btr. Staaten zueinander das „Verbürgtsein" voraussetze, insbs. ob der ausl. Staat ein „befreundeter" sein müsse (vgl. die Überschrift des Abschn.). Man wird hier zwischen den verschiedenen ausl. Staaten zu unterscheiden haben:

α) Bezüglich derjenigen Staaten, die mit D. auf der wesentlich gleichen Kulturstufe stehen, wird nur erfordert werden können, daß sie mit D. nicht im Kriege stehen; ist dies der Fall, dann wird ein „Verbürgtsein" selbst dadurch nicht ausgeschlossen, daß die diplomatischen Beziehungen abgebrochen sind.

β) Bezüglich der nicht-zivilisierten Staaten wird dagegen entscheidend sein, ob zwischen ihnen und dem DR. ein sog. Freundschaftsvertrag abgeschlossen ist (vgl. RGBl. Sachregister „Freundschaftsvertrag"), da erst damit ein anerkannt völkerrechtl. Verhältnis zu solchen Staaten hergestellt ist, dieses aber die Voraussetzung für die verbürgte Gegenseitigkeit bildet (vgl. Goltd. Mat. 2 94).

So im wesentlichen: Hälschner 2 774, Merkel S. 384, H. Meyer S. 641 N. 10, Frank Abschn. 4 N., v. Schwarze N. 4, v. Bar Lehrb. S. 268 N. 22, ein diplomatischer Verkehr mit dem btr. Staate sei nicht erforderlich, vielmehr umfasse der Ausdruck „befreundete Staaten" alle völkerrechtlich anerkannten Staaten. AM. Binding Lb. 1 174, 2 500, Op-

Digitized by Google

penh.-D. Abschn. 4 N. 1 u. Rüd.-St. Abschn. 4 N. 1, insofern sie „diplomatische Beziehungen und Friedensstand" erfordern; ähnlich Meves HH. 4 290; ferner Binding Lb. 2 500 N. 5, Geyer 2 132 u. v. Bar aO. S. 251, insofern sie den Abschluß von Freundschaftsverträgen nicht für maßgebend erachten.

b) Was die Art des Verbürgtseins betrifft, so ist nicht mehr, wie nach der ursprünglichen Fassung des § 102, erforderlich, daß es „nach veröffentlichten Staatsverträgen oder nach Gesetzen" stattfinden müsse; vielmehr kommt es, falls nicht die Gesetze des auswärtigen Staates besondere Erfordernisse aufstellen, nur darauf an, daß die Gegenseitigkeit tatsächlich verbürgt sei, was insbs. auch durch die Praxis ausl. Gerichte der Fall sein kann; so: Geyer 2 131, v. Liszt S. 552, Meves N. 7 u. HH. 4 291, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze S. 346, v. Bar aO. S. 252 f.; aM.: Binding Hb. 1 594 u. Lb. 1 174, 2 499, (die bündigste Versicherung der ausl. Regierung genüge nicht, Gegenseitigkeit müsse im Ausl. Rechtens sein), Finger G. 50 46 (Verbürgung müsse nicht nur völkerrechtl., sd. nach dem Staatsr. des verpflichteten Staats vorliegen), Rüd.-St. N. 7, auch Stein Privates Wissen S. 176, es handle sich um eine auf Gewohnheitsr. beruhende Gegenseitigkeit, weil es sonst an der Verbürgtheit fehlen würde. Die Frage, ob eine Spezialerklärung einer zuständigen ausl. Behörde genügen könne, um die Gegenseitigkeit zu verbürgen, wird für die Regel schon deshalb zu verneinen sein, weil sie meist erst nach Begehung der Hdlg. abgegeben sein wird und deshalb ungeeignet ist, die erforderliche Bedingung der Strafbarkeit zu erfüllen (N. 3). Sollte aber ein Fall Anlaß gegeben haben, für die Zukunft eine zusichernde Erklärung abzugeben, so wird es sich weiter fragen, wieweit einer solchen Erklärung nach der Gesetzgebung des btr. Staates bindende Kraft zukomme; nur falls das zu bejahen, würde eine Verbürgung der Gegenseitigkt. angenommen werden können; gg. die Möglichkeit einer Verbürgung durch Spezialerklärung namentl. Binding u. Rüd.-St. aO. Abgeschlossene „Staatsverträge" verlieren durch einen Krieg mit dem btr. Staate ihre Gültigkeit und können daher die Gegenseitigkeit nicht mehr verbürgen (a); Binding Hb. 1 594 N. 17 u. Lb. aO., Schütze S. 252 N. 7, Frank L. II Abschn. 4 N., Oppenh.-D. Abschn. 4 N. 1. Rüd.-St. N. 5 weist auf die fortdauernde Gültigkeit der von den Bundesstaaten abgeschlossenen, durch Bundesverträge nicht ersetzten sog. Jurisdiktionsverträge hin.

5) Die Entscheidung über das Vorliegen der qu. Bedingung hat mit der Schuldfrage nichts zu tun (N. 2); sie steht deshalb den Geschworenen nicht zu; so: Binding Lb. 2 500 N. 2, Finger KrVJSchr. 38 438 N. 1 u. G. 50 55 N. 20, 58; aM. v. BarLehrb. S. 268.

Kann nicht festgestellt werden, daß die Gegenseitigkeit z. B. der Begehung der Hdlg. (N. 3) vorlag, so ist nicht auf Einstellung, sondern auf Freisprechung zu erkennen, weil alsdann ein Verbrechen nicht vorliegt (N. 2); Binding Hb. 1 592 N. 11, 596 u. Lb. 2 500.

Für die Revisionsinstanz kommt in Betracht, daß die Frage, ob „verbürgte Gegenseitigkeit" vorliege, außer einer tatsächlichen, zugleich eine Rechtsfrage ist, deren Beantwortung aus dem Rechte des fremden Staates und dem internationalen Rechte zu finden ist; RG. III 2. Juli 81 N. 3 457, v. Bar aO. S. 253.

Zu § 102. N. 6—11.

6) Der Tatbestand des § 102 besteht in der Verübung der in den §§ 81—86 bezeichneten Hdlgen mit der Maßgabe, daß diese nicht, wie dort, gegen einen Bundesstaat oder Bundesfürsten sich richten, sondern „gegen einen nicht zum DR. gehörenden Staat oder dessen Landesherrn". Zu letzteren gehört ein depossedierter ausländischer Souverän ebensowenig, wie der Papst, da dieser, obschon Souverän (§ 3 N. 21 aα), doch nicht mehr Landesherr ist; weder jener noch dieser würde die Gegenseitigkeit verbürgen können; Binding Lb. 1 174, Rüd.-St. § 103 N. 1, v. Bar Lehrbuch S. 270. Mit Berücksichtigung hiervon gelten deshalb die daselbst zum Tatbestand jener strafb. Hdlgen gemachten Bemerkungen auch hier; vgl. jedoch N. 4.

7) Die §§ 81—86 bzw. § 4^1 machen bezüglich der Bestrafung der Deutschen und Ausländer keinen Unterschied, auch ist nach § 4_2 die Verfolgung jener Hdlgen, wenn sie im Auslande begangen sind, immer nur fakultativ (§ 4 N. 6). In Abweichung hiervon ergibt sich aber hinsichtlich des Subjektes der Hdlg. für § 102 folgendes:

Digitized by Google

a) Die Verfolgung gegen einen „Ausländer" (§ 8 N. 3a) tritt überhaupt nur ein, wenn er die Hdlg. „während seines Aufenthalts" (§ 80 N. 3c) „im Inlande" (§ 3 N. 12 ff.) begangen hat. Es enthält das eine Ausnahme vom § 3 (das. N. 11); Rüb.-St. N. 2. Aus ihr ergibt sich die Straflosigkeit einer seitens eines Ausländers im Auslande verübten Teilnahmehdlg. (T. I Abschn. 3 N. 9_3) an der von einem Deutschen im Ausl. ausgeführten strafb. Hdlg. der in Rede stehenden Art; Binding Lb. 2 498, v. Kries ZStrW. 7 562.

b) Die Verfolgung gegen einen „Deutschen" (§ 4 N. 7) muß beim Vorliegen der nötigen Bedingungen (N. 2, 8) selbst dann eintreten, wenn die Hdlg. „im Auslande" (§ 8 N. 2) begangen ist (vgl. § 4 N. 20a, 21); so: Binding aO., Geyer 2 131, Hälschner 1 177, 706, 2 774, John HH. 3 44 N. 4, Meves S. 121, v. Schwarze N. 1 A. 2; aM.: Schütze S. 253 N. 9, Oppenh.-D. N. 4, Lammasch GS. 41 9 N. 2, v. Bar Lehrbuch S. 269. Ev. hat § 7 Anwendung zu finden; so: Hälschner 1 173, 2 773, Oppenh.-D. N. 3; aM. Binding Lb. 2 501, das Inl. strafe nicht dieselbe Hdlg. wie das Ausl. Dagegen ist nicht, wie nach § 4^3, Bedingung der Strafbarkeit, daß die Hdlg. „durch die Gesetze des Orts, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist"; so die GM.; aM. v. Bar aO.

8) Neben die beiden Bedingungen der Strafbarkeit (N. 2) stellt gemäß Abs. 2 sich noch eine Bedingung der Strafverfolgung, nämlich das Erfordernis des Strafantrages; vgl. § 61, insbs. N. 1_4, 7a, b.

Als antragsberechtigt (§ 61 N. 13 f.) wird die „auswärtige Regierung" bezeichnet; vgl. deshalb § 84 N. 3. Selbstverständlich kann nach dem allgemeinen Prinzip, daß der Verletzte antragsberechtigt ist (§ 61 N. 10), nur die Regierung des Staats gemeint sein, gegen den bzw. dessen Landesherrn die Hdlg. sich richtete; Hälschner 2 775, Meves N. 8. Die Ausübung der Antragsberechtigung namens der ausw. Regierung geschieht durch die Organe des btr. Staats, denen seine Vertretung in äußeren Angelegenheiten obliegt; Hälschner aO.; vgl. auch Meves N. 8 sowie Binding Lb. 2 498 (das Ministerium des Auswärtigen).

Wegen der ausdrücklich zugelassenen „Zurücknahme" des Antrages vgl. § 64.

9a) Die Strafe der vollendeten Tat ist in den Fällen der §§ 81—84: als ordentliche Strafe Festungsh. v. 1—10 J., bei Annahme mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) Festungsh. von 6 Mt.—10 J., in den Fällen der §§ 85, 86: Festungsh. von 1 Mt.—3 J. (§ 17_3).

b) Der Versuch ist nach den §§ 44 ff., insbs. § 44_4, zu bestrafen.

10) Es verjährt die Strafverfolgung des Verbr. nach § 67_1 in zehn, diejenige des Verg. nach § 67_2 in fünf Jahren.

11) Zuständig ist: für das Verbr. SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1;
für das Verg. Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 103.

Wer sich gegen den Landesherrn oder den Regenten eines nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staats einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängniß von Einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft, sofern in diesem Staate dem Deutschen Reich die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. §§ 79, 81. Entw. I § 85, II § 101.

Entw. d StGN. Art. I § 103. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 799 f., 1825.

1) § 103 behandelt die in der Strafbarkeit niedrigste Stufe der Majestätsbeleidigung i. w. S. (T. II Abschn. 2 N. 2, Abschn. 3 N. 1).

Die „Beleidigung" (§ 95 N. 2 ff.) muß sich richten gegen „den Landesherrn oder den Regenten eines nicht zum DR. gehörenden Staats" (§ 102 N. 1); wg. depossedierter Souveräne sowie wg. des Papstes vgl. § 102 N. 6.

Digitized by Google

Wegen Idealkonk. (§ 73) gilt das zum § 95 N. 8b Bemerkte entsprechend mit der Maßgabe, daß sie auch mit tätlicher Beleidgg. stattfinden kann.

2) Außer durch das Delikt selbst ist auch hier, wie im Falle des § 102 (das. N. 2—5, 8), die Strafbarkeit ferner bedingt durch die „verbürgte Gegenseitigkeit" und außerdem nach Abs. 2 die Strafverfolgung durch die Stellung des „Strafantrages".

Als antragsberechtigt ist auch hier „die auswärtige Regierung" bezeichnet, obgleich als Verletzter der auswärtige Landesherr oder Regent anzusehen ist. Die hierin liegende Ausnahme hat die Folge, daß der Tod des Beleidigten nicht den Untergang der Antragsberechtigg. bewirkt (§ 61 N. 13_3, 20_9); Binding Hb. 1 618, Rüd.-St. N. 3.

3) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 W. — 2 J. (§ 16) o. Festungsh. von gleicher Dauer (§ 17_2).

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

5) Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG. im Falle der öffentlichen, SchöffenG. im Falle der Privatklage; GVG. §§ 73^1, 27, 75^4, 27^3. Die Zulässigkeit der Privatklage, die außer den in der entsprechenden N. der 5. Aufl. Benannten Lammasch ZStrW. 3 435 u. neuerdings Döhn ZStrW. 21 535 anerkennt, wird allerdings von der überwiegenden M. bestritten.

§. 103a.

Wer ein öffentliches Zeichen der Autorität eines nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staats oder ein Hoheitszeichen eines solchen Staats böswillig wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder beschimpfenden Unfug daran verübt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB., Entw. I, II (fehlt). Entw. d. StGN. Art. II § 103a. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

1) Während im übrigen bezüglich des Tatbestandes dieses, durch die StGN. eingeschobenen, den Zusammenhang der §§ 103 u. 104 zerreißenden, § 103a die Noten zum § 135 zu vergleichen sind, ist hier nur folgendes zu bemerken:

Daß die „Autoritäts- u. Hoheitszeichen", welche hier (abweichend vom § 135) gleichmäßig auf den „Staat" bezogen werden, im Inlande angebracht sein müssen, derartig, daß die Bestimmung btr. der im Auslande befindlichen Zeichen nicht Platz greift, ist zwar nicht ausdrücklich erfordert, wird aber anzunehmen sein; so: H. Meyer S. 661, Rüd.-St. N. 2; aM.: Binding Lb. 2 502, Hälschner 2 776, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2. Deshalb aber scheint es nicht geboten, das StGB. dahin zu ergänzen, daß die Bestimmung nur Anwendung finden solle zugunsten eines befreundeten Staats, dem gegenüber das DR. im Zustande des völkerrechtlichen Friedens sich befindet; es entspricht im Gegenteil „den herrschenden Ansichten über die gegenseitige Achtung", denen nach den Motiven durch den § 103a Rechnung getragen werden sollte, mehr, wenn die fremden im Inlande befindlichen Autoritäts- und Hoheitszeichen auch im Kriege geschützt werden; so: Hälschner aO., Rüd.-St. N. 2; aM.: Binding Lb. 2 502, Meves N. 2 u. HH. 4 303, Schütze Anh. S. 13, Oppenh.-D. N. 3.

2) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gef. von 1 T.—2 J. (§ 16).

Da die Geldstr. „an erster Stelle" angedroht ist, so kann sie gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

3) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

4) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 104.

Wer sich gegen einen bei dem Reich, einem bundesfürstlichen Hofe oder bei dem Senate einer der freien Hansestädte beglaubigten Gesandten oder Geschäftsträger einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Digitized by Google

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Beleidigten ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. §§ 80, 81. Entw. I § 86, II § 103. Aktenst. 1875/76 Nr. 145. StB. 1875/76 S. 800.

1) Wegen dieses mit § 103 in unmittelbarem Zusammenhang stehenden, durch § 103a (das. N. 1) unpassenderweise von ihm getrennten, Tatbestandes gilt das § 95 N. 7 Bemerkte gleichfalls. Bei Idealkonk. (§ 103 N. 1_3) mit tätlicher Beleidgg., mit qualifiz. übler Nachrede sowie mit verleumd. Beleidgg. ist die Strafe nach § 73 nicht aus § 104, sondern aus den §§ 185 ff. zu bemessen.

2) Nach NV. Art. 11 steht dem Kaiser das Recht zu, „Gesandte zu empfangen und zu beglaubigen", der Kaiser hat jedoch nicht das ausschließliche Gesandtschaftsrecht, vielmehr steht es den Einzelstaaten gleichfalls zu; vgl. Laband Staatsr. 3 2. Es harmoniert sonach § 104, indem er von den „bei dem Reich, einem bundesfürstlichen Hofe oder bei dem Senate einer der freien Städte beglaubigten Gesandten oder Geschäftsträgern" spricht, mit dem Bundesrechte; so nimmt Frank N. zu § 104 jetzt auch an, daß § 104 auf die Gesandten eines D. Bundesstaates bei einem anderen Anwendung finde.

Die Gesandten — i. w. S. die Geschäftsträger (chargés d'affaires) mit umfassend — unterscheiden sich i. e. S. von diesen dadurch, daß die Kreditive der Gesandten dem Souverän selbst, die der Geschäftsträger aber dem Minister des Auswärtigen überreicht werden. Trotzdem kann nicht bezweifelt werden, daß i. S. des § 104 auch die Geschäftsträger bei dem Reiche selbst beglaubigt sind (vgl. auch PrStGB. § 80); aM. Lammasch ZStrW. 3 429.

3) Die Strafverfolgung ist nach Abs. 2 bedingt durch den Strafantrag; vgl. § 61, insbs. N. 1_4, 7b. Als antragsberechtigt (§ 61 N. 13) wird hier der „Beleidigte" bezeichnet, so daß der auswärtige Landesherr bzw. die Regierung des auswärtigen Staats den Antrag nicht stellen kann, da die Anwendung des § 196 ausgeschlossen ist (N. 1); Rüd.-St. N. 3, Reber Antragsdel. S. 360.

Wegen der ausdrücklich zugelassenen „Zurücknahme" des Antrages vgl. § 64.

4) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T. — 1 J. (§ 16) o. Festungsh. von gleicher Dauer (§ 17_2).

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

6) Wegen der Zuständigkeit vgl. N. 5 zum § 103 sowie über die dort angedeutete Streitfrage die entsprechende N. der 5. Aufl. des Kommentars.

Fünfter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte.

1) Die Überschrift dieses Abschnittes ist, unter Weglassung des Artikels „der" vor den letzten beiden Worten, eine Wiedergabe der Überschrift des T. II Tit. 4 PrStGB. und diese wiederum ist zurückzuführen auf die Überschrift des Chap. II Sect. I des Code pénal: „Crimes ou délits relatifs à l'exercice des droits civiques". Diese Sect. I enthält in den artt. 109—113 Strafbestimmungen, die den §§ 84—86 des Pr. und den §§ 107—109 des RStGB. entsprechen, während der Inhalt der §§ 82, 83 Pr. bzw. der §§ 105, 106 RStGB. daselbst sich nicht wieder findet; John HH. 3 77. Die „droits civiques" sind als die Rechte des citoyen, d. h. des Staatsbürgers, also als staatsbürgerliche oder politische Rechte aufzufassen, wie auch Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal (5. édition) II 175, droits civiques mit droits politiques identifizieren. In diesem Sinne sind deshalb an sich auch „staatsbürgerliche Rechte" in der Überschrift des T. II Tit. 4 Pr. u. Abschn. 5 RStGB. zu verstehen. Allein die Überschrift entspricht dem Inhalte nicht mehr, mindestens nicht des Abschn. 5, da die §§ 108, 109 ausdrücklich auf „öffentliche" und nicht bloß auf „politische" Verhältnisse rücksichtigen.

Digitized by Google

2) Nach einer gewissen Richtung unterliegt die Überschrift und der gesamte Inhalt des Abschn. 5 einer Beschränkung. Wie die Motive ausdrücklich hervorheben, ist der durch Abschn. 5 gewährte Schutz „nicht etwa als über das Bundesgebiet hinaus sich erstreckend" anzusehen. Es liegt hierin eine Bestätigung des bei der Redaktion des ganzen StGB. maßgebend gewesenen Gesichtspunktes, daß, „wo Staatseinrichtungen in Betracht gezogen wurden, bei Ermangelung eines besonderen Zusatzes, nur Einrichtungen des DR. oder eines Bundesstaats gemeint sind"; Rubo S. 95; vgl. jetzt auch Binding Lb. 2 373 ff. Demnach sind, wie die §§ 105—107 ihrem Wortlaute nach nur auf inländische Verhältnisse sich beziehen, auch die §§ 108, 109 nur von solchen zu verstehen; so: Schütze S. 257 N. 10, Frank N. zu Abschn. 5, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Bar Lehrbuch S. 271, Freudenthal Wahlbestechg. S. 63, auch RG. III 15. Feb. 83 E. 8 53 (gelegentlich); aM.: H. Meyer S. 635, Schneidler GS. 40 3.

3) Wenn die im Abschn. 5 bezeichneten Hdlgen im Auslande begangen werden, so sind sie nur strafbar, falls § 4[3] zutrifft; es ist aber kaum denkbar, daß durch die Gesetze des ausländischen Tatortes gerade die Hdlgen des Abschn. 5 mit Strafe bedroht sind; vgl. vorige Note und § 4 N. 14.

4) Die Frage, ob im Abschn. 5 eine Materie i. S. des EG. § 2 geregelt sei, ist zu verneinen; in ihm ist nur die Ausübung gewisser staatsbürgerlicher Rechte berücksichtigt und diejenigen, die Berücksichtigung gefunden haben, bilden keine „kriminalistische Einheit"; die Landesgesetzgbg. kann deshalb Hdlgen in bezug auf die Ausübung anderer staatsbürgerlicher Rechte mit Strafe bedrohen; Binding Hb. 1 322, Hälschner 1 114.

§. 105.

Wer es unternimmt, den Senat oder die Bürgerschaft einer der freien Hansestädte, eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats auseinander zu sprengen, zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu nöthigen oder Mitglieder aus ihnen gewaltsam zu entfernen, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter Einem Jahre ein.

PrStGB. § 82. Entw. I § 87, II § 103. StB. S. 383.

1) Der Mischtatbestand dieses, eine Ergänzung der Abschn. 1—4 enthaltenden, §. erfordert eine Hdlg., die sich richtet

a. entweder gegen den „Senat" o. die „Bürgerschaft" einer der freien Hansestädte,

b. oder gegen eine „gesetzgebende Versammlung" des R. oder eines Bundesstaats. Während nach dem Wortlaute „gesetzgebende Versammlung" (vgl. § 197) dieser Ausdruck gerade auf die unter a bezeichneten Körperschaften in ihrer Zusammengehörigkeit würde bezogen werden können, so ist doch nach dem eingebürgerten Sprachgebrauche darunter nur eine solche Körperschaft zu verstehen, deren Zustimmung die verfassungsmäßig notwendige Voraussetzung für die eventuelle demnächstige Sanktion eines Gesetzes (und zwar eines Staats-, nicht eines bloßen Kirchen-Gesetzes) bildet; weitergehend will Binding Lb. 2 377, 818 unter den „gesetzgebenden Versammlungen" auch die Gemeindekollegien mit begreifen, die an der Ausübung der abgeleiteten Gesetzgebungsgewalt der Gemeinde nach deren Verfassung beteiligt sind.

Gesetzgebende Versammlungen speziell des DR. sind nach RV. Art. 5_1 nicht nur der Reichstag, sondern auch der diesem völlig gleichgestellte Bundesrat, obschon man für seine Mitglieder eine dem Art. 30 der RV. entsprechende Bestimmung nicht für notwendig erachtet hat (§ 11 N. 1 f.); die Ausdrucksweise in StPO. § 49_2 ist inkorrekt; so: RG. III 14. Dez. 82 E. 7 382 (btr. § 197), Hälschner 2 780, H. Meyer S. 647, Frank N. III, Rüd.-St. N. 2, Laband Staatsr. 2 22; aM. Binding Lb. 2 817. Im Sinne des § 105 ist aber als solche auch der durch Erlaß v. 29. Okt. 1874 eingesetzte Landesausschuß für Elsaß-

Digitized by Google

Lothringen nach Maßgabe der G. v. 2. Mai 1877 u. 4. Juli 1879 anzusehen; denn Elsaß-Lothringen ist nicht Bundesstaat, sondern Reichsland und die Landesgesetze für Elsaß-Lothringen sind deshalb stets nur Provinzialgesetze des Reichs, auch wenn sie — in Ausnahme des Prinzips der RV. Art. 5_1 — auf Grund der Delegation des § 1 des G. v. 2. Mai 1877 vom Kaiser nach Zustimmung des Bundesrats und des Landesausschusses, als der „gesetzgebenden Versammlungen" des Reichs bzw. eines Teiles des Reichs, erlassen werden; vgl. Laband Staatsr. 2 202, 250. So: Binding Lb. 2 818, Hälschner aO., Merkel S. 386, H. Meyer aO., Frank N. III, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1 A. 1.

2) Mit Strafe bedroht wird nicht erst die begriffliche Vollendung der Tat, sondern bereits das auf die Herbeiführung gewisser Erfolge gerichtete „Unternehmen". Demgegenüber fragt es sich, ob die im § 82 (das. N. 2) gegebene Definition dieses Begriffes allgemeine, und deshalb namentl. auch im Falle des § 105 (vgl. außerdem §§ 114, $122_{1, 2}$, 159, 357, 360^5 sowie § 214) Anwendung finde. Diese Frage ist jedoch zu verneinen, da § 82 ausdrücklich nur eine Begriffsbestimmung desjenigen Unternehmens gibt, durch welches das V. des Hochverrats vollendet wird; dort erfährt der Angriff eine, ihm an sich nicht innewohnende positive Einschränkung dahin, daß nur Hdlgen, durch die das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, als Unternehmen anzusehen sein sollen; gegen die Allgemeingültigkeit dieser Definition, die auch bei der Debatte über § 114 (Entw. II § 112) seitens der Abg. Fries u. Meyer (Thorn) gegen den Abg. Bürgers bestritten wurde (StB. S. 431 ff.), spricht auch noch ihre Entstehung aus PrStGB. § 62, da dessen fast gleichlautende Definition auf den § 61 das. sich bezog, der „Ein Unternehmen, welches darauf abzielt" ꝛc. bestrafte und folgeweise, wie Goltd. Mat. 2 100 annimmt, dort, wo von einem Unternehmen selbst die Rede ist, nicht maßgebend war. Es ist deshalb „Unternehmen" i. S. des § 105 nach Maßgabe des allg. Sprachgebrauchs zu verstehen und daher durch § 105 eine jede Hdlg. als mit Strafe bedroht anzusehen, durch welche die Absicht an den Tag gelegt wird, einen Erfolg der im § 105 bezeichneten Art herbeizuführen; ob durch die Hdlg. das Vorhaben unmittelbar ausgeführt werden sollte, ist gleichgültig. So: RG. II 9. Nov. 80, III 4. Juni 83, E. 3 26, 8 354 (beide btr. § 159, letzteres auch §§ 105, 114 erwähnend), Binding Lb. 2 819, Hälschner 2 780, John HH. 3 80, Rubo N. 1, v. Schwarze N. 8, Voigt G. 38 233 (btr. § 159). AM.: Schütze S. 256 N. 7, Meves § 114 N. 2 A. 1 u. Oppenh.-D. N. 1, die Definition des § 82 sei maßgebend; vgl. auch Hutter ZStrW. 18 801. Die vom GStA. zu der Entsch. Berlin 20. März 79 O. 20 151 (btr. § 114) ausgeführte Ansicht, daß „Unternehmen" einen „im voraus gemachten Plan" im Gegensatz zu einer im augenblicklichen Affekt gefaßten Absicht bezeichne, erscheint für den juristischen Begriff nicht richtig, mag sie auch häufig praktisch zutreffend sein; ähnlich jedoch Frank N. 1, „Unternehmen" bedeute nur den planmäßig vorbereiteten und mit Überlegung ausgeführten Versuch.

Ob die Hdlg. zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges geeignet war, ist unwesentlich; Rubo N. 1.

3) Das Unternehmen (N. 2) muß darauf gerichtet sein, entweder

a. eine der bezeichneten Versammlungen „auseinanderzusprengen", oder
b. eine solche zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu „nötigen", oder
c. die Mitglieder einer solchen Versamml. aus derselben „gewaltsam zu entfernen".

In den Fällen zu a und c wird eine auf Anwendung von „Gewalt" gerichtete Absicht, teils stillschweigend, teils ausdrücklich, erfordert; der Begriff der Gewalt ist jedoch genau so aufzufassen wie im $§ 81^2$ (das. N. 6_3); vgl. Goltd. Mat. 2 100; aM. Geyer 2 133, durch Drohungen könne die gewaltsame Entfernung nicht bewirkt werden.

Die „Nötigung" (§ 52 N. 2) im Falle zu b kann, da ein besonderes Mittel nicht erfordert wird (vgl. darüber Binding Lb. 2 819), sowohl durch „Gewalt" wie auch durch „Drohung" beabsichtigt sein; letztere braucht nicht auf Zufügung von Gewalt zu gehen, wie die vis compulsiva (zu a und c), sondern kann die Zufügung irgend eines Übels in Aussicht stellen.

In keinem der Fälle braucht die Gewalt gegen die Personen der Mitglieder jener

Digitized by Google

Versammlungen gerichtet zu sein, wenn auch beabsichtigt sein muß, durch sie die Freiheit ihrer Willensbetätigung bzw. Entschließung zu beeinträchtigen.

4) § 105 bezweckt den Schutz der daselbst benannten Versammlungen als solcher, nicht in ihren Bestandteilen; eine Auslegung, wonach z. B. die Auseinandersprengung einer Kommission des RT. oder die Nötigung einer solchen zur Fassung eines Beschlusses oder die gewaltsame Entfernung eines Mitgliedes aus einer solchen Kommission gleichfalls als unter § 105 fallend angesehen würde, widerspricht seinem Wortlaute. So: Binding Lb. 2 818, 821, Hälschner 2 780, Merkel S. 386, H. Meyer S. 647, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 1. AM. John HH. 3 79.

Trotzdem sind die Mischtatbestände des § 105 insofern von wesentlich verschiedenem Charakter, als die ersten beiden die Versammlungen selbst unmittelbar betreffen, sie in ihrer physischen oder moralischen Existenz aufheben, während die letztere direkt ein einzelnes Mitglied der Versammlung (§ 106 N. 1) trifft und dadurch zwar die Versammlung selbst alteriert, aber keineswegs aufhebt.

5) Ein Versuch (§ 43) ist nach der obigen Ausführung in N. 2 über den Begriff des Unternehmens undenkbar; so: Binding Lb. 2 817, Hälschner 2 780, Oppenh.-D. N. 8, auch Berner S. 140; aM.: Frank N. II, v. Schwarze N. 2, 8.

6) Die ordentliche Hauptstrafe besteht wahlweise in Zuchth. von 5—15 J. (§ 14_2) oder in Festungsh. von 5—15 J. (§§ 17_2, 85 N. 5a), für deren Auswahl § 20 (das. N. 3) maßgebend ist. Bei mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Strafe Festungsh. von 1—15 J. (§ 81 N. 9). Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. nach § 32 BbER. erkannt werden.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

8) Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 106.

Wer ein Mitglied einer der vorbezeichneten Versammlungen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, sich an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zwei Jahren ein.

PrStGB. § 83. Entw. I § 88, II § 104. StB. S. 383.
Vgl. § 339 Abs. 3.

1) Nur indirekt dient § 106 dem Schutze der im § 105 bezeichneten Versammlungen, direkt schützt er deren „Mitglieder", also nicht auch die Beamten derselben oder andere Beamte, welche in den Versammlungen zu funktionieren berechtigt oder verpflichtet sind.

2) Im einzelnen werden zwei Rechte der Mitglieder gesichert: a. dasjenige, sich an den Ort der Versammlung zu begeben, und b. dasjenige, zu stimmen.

a) Es kann fraglich sein, ob geschützt wird das Recht, sich an den Ort zu begeben, wo eine der vorbezeichneten Körperschaften, nachdem sie einberufen worden, ihre Versammlungen abzuhalten pflegt, oder wo eine bestimmte Versammlung, d. h. Sitzung, einer der vorbezeichneten Körperschaften abgehalten wird. Da für die erstere Auslegung die gleiche Bedeutung des Wortes „Versammlung" in beiden Fällen seines Vorkommens im § 106 spricht, so wird sie den Vorzug verdienen und deshalb anzunehmen sein, daß auch der aus § 106 bestraft wird, der ein Mitglied der Versammlung verhindert, an ihren „Ort" sich zu begeben, wenn auch eine Sitzung oder eine andere geschäftliche Funktion nicht wahrzunehmen ist, falls nur die Versammlung überhaupt einberufen ist; es soll nach der Absicht des Gesetzgebers der Verkehr der Mitglieder mit dem Versammlungsorte unbedingt und stets frei sein; Binding Lb. 2 826, Hälschner 2 781 f., H. Meyer (4. Aufl.) S. 813 N. 9. Bei dieser Auslegung wird man auch „Ort" im weiteren Sinne als die gesamten Geschäftslokalien und nicht bloß als den Plenarsitzungssaal verstehen müssen.

Digitized by Google

b) Was das Recht „zu ſtimmen" (§ 107 N. 4) anbetrifft, ſo iſt mangels einer hinzugefügten Beſchränkung dafür zu erachten, daß § 106 nicht nur das Recht, in den Plenarſitzungen, ſondern vielmehr das Recht, überhaupt in der Eigenſchaft als Mitglied einer der bezeichneten Verſammlungen, alſo ev. auch in einer Kommiſſion oder Abteilung, zu ſtimmen, ſchützen wolle. So: Binding Lb. 2 827, Geyer 2 133, Hälſchner 2 782, John HH. 3 83, H. Meyer S. 647, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 2 A. 2. AM.: Schütze S. 257 N. 9, Oppenh.-D. N. 6.

3) Der Tatbeſtand des § 106 erfordert die „Verhinderung" (§ 46 N. 11 b) eines Mitgliedes einer der vorbezeichneten Verſammlungen an der Ausübung eines der in N. 2 charakteriſierten Rechte „durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer ſtrafbaren Handlung". Durch dieſe Verbindung ergibt ſich die Notwendigkeit, das Wort „Gewalt", in dieſer — aber nicht in anderer — Beziehung, abweichend vom § 81 (daſ. N. 6_3) u. § 105 (daſ. N. 3), nur von vis absoluta und der als phyſiſcher Zwang ſich äußernden vis compulsiva zu verſtehen, während die als pſychiſcher Zwang ſich äußernde vis compulsiva nach der ausdrücklichen Beſtimmung nicht unbedingt in Betracht kommt, ſondern nur als „Bedrohung mit einer ſtrafb. Hdlg."; aM. Hälſchner GS. 35 9, der „Gewalt" nur als vis absoluta nimmt (§ 240 N. 4). Dabei iſt übrigens zum Tatbeſtande nicht erforderlich, daß erſichtlich ſei, mit welcher ſtrafb. Hdlg. gedroht werde, wenn nur überhaupt feſtſteht, daß inhalts der Drohung die Verübung einer ſtrafb. Hdlg. in Ausſicht geſtellt werde, gleichviel ob erkennbar iſt, welcher, und insbſ. ob ſie als V., V. o. Übertr. ſich qualifiziere; ſo: John HH. 3 82, Oppenh.-D. N. 2; aM.: Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 1. Auch braucht ſie von dem mit der ſtrafb. Hdlg. Bedrohten nur als Drohung überhaupt, nicht als ſolche mit einer ſtrafb. Handlung empfunden zu werden; ſo John gegen Oppenh.-D.

Die Gewalt braucht nicht eine ſolche an der Perſon des Mitgliedes ſelbſt zu ſein (aM. Oppenh.-D. N. 1), aber die angedrohte ſtrafb. Hdlg. muß (N. 3 Abſ. 3) nach dem Wortlaut des Geſetzes, wenn auch nicht direkt (ſo jedoch Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 4), ſo doch indirekt ſeine Perſon treffen; aM.: Binding Lb. 2 826, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 1.

Eine beim Verlaſſen des Verſammlungsortes angewendete Gewalt ꝛc. kann möglicherweiſe darauf abzielen, das Mitglied zu verhindern, demnächſt wieder an den Verſammlungsort ſich zu begeben und ſomit zur Erfüllung des Tatbeſtandes geeignet ſein; Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 7.

4) Ein Verſuch (§ 43) iſt denkbar; Hälſchner 2 782.

5 a) Für die Beſtrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptſtrafe beſteht wahlweiſe in Zuchth. von 1—5 J. (§ 14_2) o. in Feſtungsh. von 1—5 J. (§§ 17_2, 85 N. 5 a), für deren Auswahl § 20 (daſ. N. 3) maßgebend iſt. Bei mild. Umſt. (T. I Abſchn. 4 N. 13 a ff.) iſt die Strafe Feſtungsh. von 1 T.—2 J. Als Nebenſtrafe kann neben Zuchth. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Die Beſtrafung des Verſuchs (N. 4) erfolgt nach den §§ 44 ff.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

7) Zuſtändig iſt SchwG.; GVG. §§ 80, 73^2, 136^1.

§. 107.

Wer einen Deutſchen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer ſtrafbaren Handlung verhindert, in Ausübung ſeiner ſtaatsbürgerlichen Rechte zu wählen oder zu ſtimmen, wird mit Gefängniß nicht unter ſechs Monaten oder mit Feſtungshaft bis zu fünf Jahren beſtraft.

Der Verſuch iſt ſtrafbar.

PrStGB. § 84. Entw. I § 89, II § 105. StB. S. 333 ff.

Vgl. § 339 Abs. 3.

Zu §§ 107—109. N. 1.

1) Wie art. 109 des Code pénal von dem „empêcher un ou plusieurs citoyens d'exercer leurs droits civiques" handelte, ſo ſprachen auch die artt. 111, 113 von dem

Digitized by Google

„citoyen" und den „suffrages des citoyens", woraus die gleiche Beziehung aller dieser Bestimmungen auf die Ausübung der „staatsbürgerlichen Rechte" hinreichend erhellte. Im PrStGB. erwähnte § 84 auch der staatsbürgerlichen Rechte, während die §§ 85, 86 allgemein sprachen und die Beziehung auf diese nicht ausdrücklich hervorhoben. Dennoch verstand man die §§ 84—86 fast durchweg gleichmäßig von denselben Wahlen, und zwar entweder nur von politischen (Goltd. Mat. 2 104) oder, in Anlehnung an die ausdehnende Auslegung der französischen Jurisprudenz (vgl. Goltd. aO. N. 1), von allen durch die Verfassung und durch die übrigen PrLandesgesetze vorgesehenen, einschließlich der gemeindebürgerlichen Wahlen (Oppenh.-D. PrStGB. §§ 84 N. 1, 85 N. 1, 86 N. 1, Beseler PrStGB. S. 249, Drenkmann G. 17 170).

Wenn nun das RStGB. — und zwar schon vom Entw. I an —, übrigens ohne besondere Motivierung, in den §§ 108, 109 den Zusatz „in einer öffentlichen Angelegenheit" aufgenommen hat, so kann, bei dem klar liegenden Unterschiede von „Staats- bzw. *staatsbürgerlichen*" und „*öffentlichen*" Angelegenheiten, mit Dochow HRl. „Wahlvergehen", Hälschner 2 783 u. John HH. 3 85, die gesetzgeberische Absicht für diese Maßnahme nur darin gefunden werden, daß die §§ 108, 109 zum Schutze von Wahlen in öffentlichen Angelegenheiten überhaupt, der § 107 dagegen speziell noch zum Schutze einer besonderen Wahl gegeben seien. Siehe jedoch N. 2_2.

Zu § 107. N. 2—8.

2) Der § 107 schützt den „*Deutschen*" (§ 4 N. 7) hinsichtlich seiner Wahl- u. Stimmfreiheit „*in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte*" gegen gewisse Beeinträchtigungen seitens eines Dritten („*Wer*"), mag er Deutscher oder Ausländer sein.

Da der Ausdruck „*staatsbürgerliche Rechte*" nach der Ausführung in N. 1 in einem beabsichtigten Gegensatz zu „öffentlichen Rechten" gebraucht ist, so wird man ihn in dem Sinne zu verstehen haben, der ihm nach seinem, mit dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens übereinstimmenden, Wortlaute zukommt. Demnach ist § 107 nur auf solche Wahlen zu beziehen, die ein Deutscher in seiner Eigenschaft als „Staatsbürger", nicht aber in anderer Eigenschaft, namentl. als Mitglied einer politischen oder kirchlichen *Gemeinde*, vorzunehmen hat. So: Frank N. 1, Rubo N. 5; vgl. auch Lutz Begriff der Öffentlichkeit S. 15. AM. einerseits: RG. I 9. Nov. 82 E. 7 223, Berner S. 383, Binding Lb. 2 822, Dochow HRl. „Wahlverg.", Geyer 2 133, v. Liszt S. 550, H. Meyer S. 654, Rüd.-St. N. 1, die staatsbürgerl. Rechte mit *politischen* Rechten (§ 34^4) gleichstellen und deshalb § 107 von solchen Wahlen verstehen, welche jemand in Ausübung der zur Teilnahme an öffentlichen Angelegenheiten in Staat und Gemeinde befähigenden Rechte vorzunehmen hat, insbs. also auch von den Gemeindewahlen, andererseits: Schütze S. 257 N. 11, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 1a, Schneidler GS. 40 5, ein Unterschied zwischen staatsbürgerl. u. öffentl. Angelegenheiten sei überhaupt zu verneinen und deshalb § 107 namentl. auch auf *kirchliche* Wahlen anzuwenden; letzteres tut, trotz seines grundsätzlich abweichenden Standpunktes (N. 1_2), auch Hälschner 2 784, der § 107 auf alle Wahlen anwendet, welche die staatsbürgerl. Qualität des Wählers zur Voraussetzung haben; dagegen aber Binding aO. S. 381, 822; Freudenthal Wahlbestechg. S. 66 f. stellt zwar auch staatsb. u. öffentl. Angelegenheiten gleich, versteht darunter aber nur *staatliche*.

3) Die strafb. Hdlg. selbst besteht in der „*durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt*" (§ 106 N. 3) ausgeführten „*Verhinderung*" (§ 46 N. 11b) eines Deutschen, in Ausübung der in N. 2 bezeichneten Rechte zu wählen o. zu stimmen; demnach wird also eine, die Strafandrohung des § 240 konsumierende (Binding Hb. 1 365), Nötigung zu einer *Unterlassung* bedroht, während die Nötigung zur *Handlung* des Wählens rc. aus § 107 *nicht* strafbar ist; so: v. Liszt S. 551, Frank N. II; aM.: Binding Lb. 2 826, Oppenh.-D. N. 3, Schneidler GS. 40 13. Der Fall, daß *ein zur Wahl Entschlossener* einerseits verhindert wird, so zu wählen, wie er will, andererseits aber genötigt wird, einen andern zu wählen, wie er wollte, steht in der Mitte; doch erscheint die Bestrafung aus § 107 gerechtfertigt, da der Wähler jedenfalls auch verhindert ist, „in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte zu wählen"; diese Auslegung entspricht überdies der Entstehung des

Digitized by Google

weſentlich gleichlautenden § 84 des PrStGB. aus Code pénal art. 109 („lorsque . . on aura empêché un ou plusieurs citoyens d'exercer leurs droits civiques"); ſo die GM., insbſ. RG. II 21. März 82 R. 4 266.

4) Die Alternative „zu wählen oder zu ſtimmen" wurde trotz eines im RT. auf Streichung der letzteren Worte gerichteten Antrages aufrechterhalten. Schon dieſes ſpricht dagegen, daß beide Ausdrücke gleichbedeutend ſeien. „Stimmen" (vgl. „Abſtimmung" im § 11; daſ. N. 3a) iſt an ſich der weitere Begriff, inſofern darunter die zur Ermittelung des Willens einer Perſonenmehrheit abgegebene Willenskundgebung eines einzelnen verſtanden wird. Im Gegenſatz zum „Wählen" bedeutet dagegen Stimmen eine Kundgebung in ſachlicher Beziehung. So: Binding Lb. 2 823, Schneidler GS. 40 13. AM.: Hälſchner 2 784 (beide Ausdrücke ſeien gleichbedeutend, wie im § 108 Wahl- u. Stimmzettel), Johow HH. 3 84.

5) Der Verſuch (§ 43_2) iſt im Abſ. 2 für ſtrafbar erklärt. Die Vollendung des V. liegt vor, ſobald die Verhinderung wirklich eingetreten iſt; Dochow HRl. „Wahlverg.", Schneidler GS. 40 12.

6) Die Strafe des vollendeten V. beſteht wahlweiſe in Gefängnis von 6 Mt. bis 5 J. (§ 16) oder in Feſtungsh. von 1 J.—5 J. (§ 17_1); hätte für die Feſtungsh. gleichfalls ein Mindeſtbetrag von 6 Mt. feſtgeſetzt werden ſollen, ſo würde eine dem § 95_1 entſprechende Faſſung gewählt ſein; ſo: Hälſchner 2 785, Dochow HRl. „Wahlverg.", Oppenh.-D. N. 6, Rubo N. 7, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 7, Sontag Feſtungsh. S. 185, Schneidler GS. 40 14; aM. Schütze S. 259 N. 16.

Die Beſtrafung des Verſuchs (N. 5) erfolgt nach § 44, insbſ. daſ. Abſ. 4.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

8) Zuſtändig iſt Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 108.

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit mit der Sammlung von Wahl- oder Stimm-Zetteln oder -Zeichen oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung beauftragt, ein unrichtiges Ergebniß der Wahlhandlung vorſätzlich herbeiführt oder das Ergebniß verfälſcht, wird mit Gefängniß von Einer Woche bis zu drei Jahren beſtraft.

Wird die Handlung von Jemand begangen, welcher nicht mit der Sammlung der Zettel oder Zeichen oder einer anderen Verrichtung bei dem Wahlgeſchäfte beauftragt iſt, ſo tritt Gefängnißſtrafe bis zu zwei Jahren ein.

Auch kann auf Verluſt der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 85. Entw. I § 90, II § 106.

1) Die Abſätze 1 u. 2 handeln gleichmäßig von der intellektuellen und von der direkten Fälſchung des „Ergebniſſes" einer „in einer öffentlichen Angelegenheit" ſtattfindenden „Wahlhandlung", und zwar einer inländiſchen (T. II Abſchn. 5 N. 2).

Der vorzunehmende Wahlakt braucht nicht, wie im § 107 (daſ. N. 1) ein ſolcher zu ſein, bei dem es um die Ausübung ſtaatsbürgerlicher Rechte ſich handelt, vielmehr greift § 108, u. ebenſo § 109, Platz, wenn die Wahl, und zwar „offiziell", überhaupt in einer Angelegenheit des Staats o. einer öffentl. Korporation bzw. Stiftung ſtattfindet; ſo: Hälſchner 2 783, Johow HH. 3 84, Frank N. 1; aM. Binding Lb. 2 823. Die Vorſchrift iſt deshalb auch auf Gemeindewahlen zu beziehen, da dieſe unbedenklich „in einer öffentl. Angelegenheit" vorgenommen werden; RG. IV 11. Okt. 01 G. 48 435, Binding aO. S. 828; vgl. dagegen § 107 N. 2_2. Die Beziehbarkeit auf Wahlen innerhalb der Religionsgeſellſchaften beſtreitet Binding aO. S. 381.

a) Unter einer „Wahlhandlung" iſt der durch Ausübung des Wahlrechts von ſeiten der Wähler ſich vollziehende Wahlakt zu verſtehen; RG. III 2. Juni 90 E. 20 420. Der Begriff iſt daher weder mit der „Wahl" als ſolcher (Dresden 3. Dez. 77 St. 8 104), noch mit

Digitized by Google

der „Wahlverhandlung" im Sinne des zur Vornahme einer Wahl von zuständiger Seite angesetzten u. abgehaltenen Wahltermines (zit. RG. E. 20 420) gleichbedeutend.

Verstöße gegen das Wahlgesetz bzw. -Reglement beeinträchtigen an sich noch nicht den Charakter eines Wahlaktes als „Wahlhandlung" i. S. des § 108, selbst dann noch nicht, falls die Unregelmäßigkeit eine Ungültigkeitserklärung der Wahl nach sich gezogen hat oder nach sich zu ziehen imstande ist; RG. II 23. Juni 82 E. 6 351 (insbs. für den Fall, daß ein Unberechtigter als Protokollführer o. Beisitzer mitgewirkt hat), Binding Lb. 2 828 (sofern der Akt nur ernsthaft vorgenommen war). Immerhin werden die Verstöße gegen die maßgebenden Vorschriften einen solchen Grad erreichen können, daß der Akt als „Wahlhandlung" nicht mehr anzusehen ist.

b) Dementsprechend ist das „Ergebnis der Wahlhandlung" nicht gleichbedeutend mit dem „Gesamtergebnisse der Wahl", vielmehr in einem w. S. zu verstehen, weshalb folgeweise ein „unrichtiges Ergebnis der Wahlhdlg." ein der Wahrheit zuwider gestaltetes Stimmenverhältnis bedeutet, ohne Rücksicht auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Endergebnisses; RG. I 6. Okt. 81, II 20. Okt. 82, III 2. Juni 90, E. 5 49, 7 144, 20 420, Binding Lb. 2 830, Geyer 2 133, v. Liszt S. 551, H. Meyer S. 655, Frank N. III 1, v. Schwarze N. 6a, Schneidler GS. 40 15. Sollte selbst das Stimmenverhältnis nicht berührt sein, so würde schon allein die Unrichtigkeit der Summen der in dem einen und dem anderen Sinne abgegebenen Stimmen als „unrichtiges Ergebnis" erscheinen.

2) Der Mischtatbestand des § 108 (Abs. 1 u. 2) erfordert alternativ:

a) „Die vorsätzliche Herbeiführung eines unrichtigen Ergebnisses der Wahlhandlung"; sie liegt vor, wenn unter der Form der gesetzmäßig vollzogenen Wahl tatsächlich die Wahlausübung in ungesetzlicher Weise stattgefunden hat und dadurch das tatsächlich herbeigeführte Stimmenverhältnis ein anderes geworden ist, als es bei ordnungsmäßigem Vollzuge der Wahl gewesen sein würde; RG. III 2. Juni 90 E. 20 420 (die Herbeiführung des unrichtigen Ergebnisses vollziehe sich in dem Augenblicke, in dem die die Gesetzwidrigkeit in sich fassende Handlung ausgeführt werde; durch die Feststellung des Ergebnisses seitens des Wahlvorstandes bzw. dessen Protokollierung werde es nicht erst geschaffen, sondern nur konstatiert). Da das Gesetz keine nähere Bestimmung über die Art und Weise der Herbeiführung enthält, so muß angenommen werden, daß jede mit einem unrichtigen Ergebnisse der Wahlhandlung in erweislichem Kausalzusammenhange stehende vorsätzliche Hdlg. den Tatbestand erfüllt; RG. I 31. Jan. 84 E. 10 60, Binding Lb. 2 830. Die vom RG. III 6. Apr. 91 E. 21 414 vertretene Ansicht, die Benutzung irrtüml. Eintragung des Namens in die Wahlliste seitens eines an sich unberechtigten Wählers behufs Stimmabgabe falle nicht unter das Gesetz, weil § 108 nur den Zweck habe, die äußere formale Legalität der Wahlhandlung in öffentl. Angelegenheiten gegen gestissentliche Fälschungen zu schützen, diese formale Grundlage aber ausschließlich die Wählerlisten zu geben bestimmt seien (ebenso: Dochow HRl. „Wahlverg.", Oppenh.-D. N. 9, Rüd.-St. N. 2 sowie die früheren Aufl. des Komm.), erscheint nicht richtig und ist von RG. III 11. Juli 04 E. 37 233, auf Antrag des ORA., ausdrücklich aufgegeben; ebenso ferner IV 8. Nov. 04 E. 37 297; vgl. auch Binding Lb. 2 829. Der Umstand, daß § 108 gegenüber der Kasuistik im § 85 des im übrigen vorbildlichen PrStGB. verallgemeinert hat (vgl. Drenkmann G. 17 168 ff.), deutet darauf hin, daß durch diese Verallgemeinerung auch solche Fälle getroffen werden sollten, deren Strafbarkeit nach dem PrStGB. zweifelhaft war; der Sinn der Fassung des § 108 ist der, daß das Ergebnis der Wahl der unverfälschte Ausdruck des gesetzmäßig erklärten Willens der Wähler sein solle; dann aber ist nicht einzusehen, warum gerade der Fall der Benutzung irrtümlicher Eintragung des Namens in die Liste als nicht unter das Gesetz fallend habe erachtet werden sollen, vielmehr ist nicht nur die unmittelbare o. intellektuelle Fälschung der Wählerlisten strafbar, sd. auch die Bewirkung einer ungesetzlichen Ausübung des Wahlrechts; so früher schon: Geyer 2 133, v. Liszt S. 551, Schneidler GS. 40 14 sowie die ältere Praxis von RG. III; vgl. insbs. das zit. E. 20 420, aber auch das zit. E. 10 60 sowie 12. März 85 R. 7 168; das Bedenken dieser letzteren Entsch., ob der materiell unberechtigte Wähler das unrichtige Ergebnis herbei-

Digitized by Google

geführt habe, ist nicht durchschlagend, da die Eintragung in die Liste nur die Voraussetzung der Zulassung zur Wahl ist, durch welche das unrichtige Ergebnis nicht herbeigeführt, sd. ermöglicht wird, während dieses Resultat selbst erst durch Abgabe der Stimme bei der Wahl erzielt wird. Unzweifelhaft greift § 108 Platz, wenn ein Unberechtigter wissentlich auf Grund falscher Einträge seinen Namen in die Liste der Wahlberechtigten gebracht hat (zit. RG. E. 10 60) oder wenn der Wählende unter falschem Namen (zit. RG. R. 7 168) o. auf Grund einer gefälschten, auf einen anderen ausgestellten Vollmacht wählt. Übrigens ist die Abgabe eines Stimmzettels für einen anderen unter Mißbrauch des Namens des letzteren strafbar, ohne daß etwas darauf ankommt, ob der Berechtigte die Stimme in demselben Sinne abgegeben haben würde; zit. RG. R. 7 168. Wg. der nach obigem wichtigen Frage, was als „Wohnsitz" i. S. des RTWahlG. v. 31. Mai 1869 anzusehen sei, vgl. das zit. RG. E. 37 233 sowie ein zweites Urteil desselben Senats vom gleichen Tage E. 37 239.

b) „Die Verfälschung des Ergebnisses einer Wahlhandlung"; diese hat ein durch Vollzug der Wahl bereits gewonnenes, wenn auch noch nicht festgestelltes (aM. Rubo N. 5), richtiges Ergebnis der Wahl zum Gegenstande; solches wird verfälscht, wenn seine Ermittelung u. Feststellung in einer der tatsächlich stattgefundenen Ausübung des Wahlrechtes nicht entsprechenden Weise, wie namentl. durch falsche Zählung der abgegebenen Wahlstimmen, dergestalt geschieht, daß an Stelle des in Wirklichkeit vorliegenden Ergebnisses ein anderes unter dem Scheine, daß es das richtige sei, zur Darstellung gelangt; zit. RG. E. 20 420, Geyer 2 134, v. Liszt S. 551. Die Vollendung der Tat ist von der Aufnahme des Wahlprotokolles u. dem ordnungsmäßigen Abschlusse des Wahltermins nicht abhängig; so zit. RG. E. 20 420; aM.: Binding Lb. 2 831, Frank N. III 2.

3) Die intellektuell (N. 2a; vgl. § 271) oder direkt (N. 2b; vgl. § 267) bewirkte Fälschung des Ergebnisses der Wahlhdlg. gehört zum objektiven Tatbestande; kommt es daher trotz deliktischer Hdlg. zu einem richtigen Ergebnisse (N. 1b), wie z. B. falls die ungültige Stimme vor Feststllg. des Ergebnisses als ungültig erkannt wird (Binding Lb. 2 830 N. 2), so liegt ein vollendetes Verg. nicht vor (Rubo N. 6), was die Straflosigkeit des Versuchs gesetzgeberisch nicht als richtig erscheinen läßt. Wird übrigens das Verg. von verschiedenen Personen hintereinander verübt, so kann die vollendete Hdlg. des früheren Täters nicht dadurch straflos werden, daß durch die spätere Hdlg. eines zweiten Täters das Ergebnis schließlich wieder richtig gestellt ist.

4) § 108 erfordert das Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes, da „vorsätzliches" Handeln, teils ausdrücklich, teils nach der Bedeutung des Wortes „verfälschen", erfordert wird; Hälschner 2 786, v. Liszt S. 551, v. Schwarze N. 7.

5) Abs. 2 enthält den einfachen Tatbestand, Abs. 1 den qualifizierten, indem es — trotz der eigentümlichen Fassung — lediglich einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 darstellt, wenn der Täter „mit der Sammlung von Wahl- oder Stimm-Zetteln oder -Zeichen oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung beauftragt" war; H. Meyer S. 655, Schneidler GS. 40 14. Wenn Abs. 2 die negative Voraussetzung aufstellt, daß der Täter „nicht mit der Sammlung der Zettel oder Zeichen oder einer anderen Verrichtung bei dem Wahlgeschäfte beauftragt" gewesen sei, so ist daraus nicht zu schließen, daß die härtere Strafe des Abs. 1 auch gegen den Anwendung finde, der mit einer anderen Verrichtung beauftragt gewesen ist, als im Abs. 1 erwähnt wird; denn bezüglich der Strafanwendung aus Abs. 1 kann nur dessen positive Fassung entscheiden; so: Frank N. II, Rüd.-St. N. 3; aM.: Berner S. 384, Binding Lb. 2 831, John HH. 3 87 N. 1, 88 N. 3, während Hälschner 2 785 u. Schneidler GS. 40 19 mit diesen insofern zu demselben Ergebnisse gelangen, als sie annehmen, daß es keine mit einer Verrichtung bei dem Wahlgeschäfte beauftragte Person gebe, die — trotz besonderer Funktionen — nicht dennoch zu den im Abs. 1 Genannten gehöre. Demgemäß bedarf die negative Voraussetzung des Abs. 2 niemals einer Feststellung; so: Oppenh.-D. N. 10, v. Schwarze N. 3; aM.: John HH. 3 88, Schütze S. 258 N. 15.

Daß der „Beauftragte" dem Auftrage sich unterzogen haben muß, ist selbstverständlich, dagegen ist eine besondere Verpflichtung des Beauftragten nicht Voraussetzung.

Digitized by Google

6) Wg. Idealkonk. (§ 73) mit § 274[1] vgl. das. N. 6b.

7) Die Hauptstrafe besteht im Falle des Abs. 1 in Gefängnis von 1 W. — 3 J., im Falle des Abs. 2 in Gefängnis von 1 T. — 2 J. (§ 16); in beiden Fällen kann als Nebenstrafe gemäß Abs. 3 i. V. mit § 32 auf VbER. erkannt werden.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

9) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 109.

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängniß von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 86. Entw. I § 91, II § 107.

1) Wie der Code pénal art. 113 das acheter ou vendre un suffrage bestrafte, so § 109 das „in einer öffentlichen Angelegenheit" (§ 108 N. 1) erfolgende „Kaufen oder Verkaufen von Wahlstimmen" und zwar von inländischen (T. II Abschn. 5 N. 2). Die dem volkstümlichen Sprachgebrauche entlehnte Ausdrucksweise des Gesetzes nötigt nicht dazu, die zivilistischen Grundsätze vom Kauf, insbs. i. S. des BGB. § 433, zur Anwendung zu bringen; so die GM., insbs. RG. I 3. Apr. 82 E. 6 194. Andererseits kann aber auch nicht verkannt werden, daß es um einen Tatbestand sich handelt, der mit dem Kaufgeschäfte wesentliche Analogien hat.

2) Der Tatbestand der sog. Wahlbestechung erfordert zunächst eine Willensvereinigung zweier Teile, des sog. Käufers und Verkäufers der Wahlstimme, somit ein ausdrückliches oder aus schlüssigen Handlungen zu entnehmendes Abkommen untereinander; RG. I 3. Apr. 82, 9. Apr. 88, III 9. Jan. 88, E. 9 194, 17 296, 101, Geyer 2 134, Hälschner 2 787, v. Liszt S. 551, H. Meyer S. 655, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 4, Freudenthal Wahlbestechung S. 48; vgl. aber die völlig abweichende Auffassung von Binding Lb. 2 832 f. Darin liegt eine wesentliche Abweichung von dem Tatbestande der Bestechung aus §§ 331 ff., da diese auf aktiver wie auf passiver Seite auch durch einseitige Hdlgen (anbieten, versprechen — fordern) begangen werden kann; so die zitt. Entsch., während John, HH. 3 89, den Parallelismus beider Delikte hervorhebt. Bloß einseitiges Versprechen des Käufers oder Anbieten des Verkäufers würde nur einen straflosen Versuch des Verg. darstellen; zitt. RG. E. 9 194, 17 101, Dochow HRl. „Wahlverg.", Geyer 2 134, v. Liszt, Frank aO., Rüb.-St. N. 2, v. Schwarze N. 5; dagegen findet Binding aO. S. 834 einen solchen Versuch erst in der angefangenen, aber nicht zu Ende geführten Stimmabgabe.

Mit Recht nimmt die GM. an, daß der sog. Käufer auch eine andere Person als der Wahlkandidat sein könne.

Wenn auch die Willensvereinigung bestimmte Personen auf beiden Seiten erfordert, so ist doch nicht notwendig, daß erkaufte Wähler nach Zahl und Persönlichkeit genau festgestellt werden, vielmehr genügt es, wenn die Überzeugung gewonnen wird, daß ein gewisser Kreis von Personen, etwa alle in dem Wahlorte einer bestimmten Parteirichtung Angehörige, mit dem Stimmenkäufer eine Vereinbarung getroffen haben; München 22. Jan. 77 St. 7 36.

3) Als Gegenstand der Willensvereinigung ist die Entäußerung der Wahlstimme, d. h. nach der GM. des Stimmrechts bei Wahlen, anzusehen; wer des Rechts, nach freier Überzeugung zu wählen, zugunsten eines anderen, der über die Stimme zu verfügen berechtigt sein soll, sich begibt, hat seiner Stimme sich entäußert. Danach liegt eine Entäußerung nicht vor, wenn der Wähler zur Stimmenthaltung sich verpflichtet; der andere hat dann keine Verfügung über die Stimme, sondern gleichsam nur ein Untersagungsrecht; das Abhalten vom Stimmen ist sonach nicht strafbar. So: Dochow HRl. „Wahlverg.", Geyer 2 134, Hälschner 2 787, Schütze S. 258 N. 4, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 6, Rüb.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4, Sturm Unterlassungsdel. S. 393. AM.: Berner S. 385, Binding Lb. 2 835, v. Liszt S. 551 (466), H. Meyer S. 655, Schneidler GS. 40 21, Freudenthal Wahlbestechg. S. 52.

Digitized by Google

Die Dispositionsentäußerung hinsichtlich der Wahlstimme kann auch geschehen, ohne daß den Wählern die Person des Kandidaten bereits bezeichnet ist; Berlin 16. Jan. 73 St. 2 221, Frank N. 11, Rüd.-St. N. 2.

Der Umstand, daß der erkaufte Wähler den ihm von vornherein oder später bezeichneten Kandidaten auch aus eigener Entschließung gewählt haben würde, steht dem Tatbestande nicht entgegen; denn ein Wähler, dem seine Wahlstimme feil gewesen ist und dem dadurch die Freiheit genommen ist, ohne Wortbruch seine Absicht zu ändern, handelt, sobald er nur dessen sich bewußt war, auch unter jener Voraussetzung mit der erforderlichen Rechtswidrigkeit; es liegt seinerseits mindestens Eventualdolus vor; so: RG. I 15. Nov. 83, 9. Apr. 88, E. 9 197, 17 296, Dresden 22. Okt. 77 St. 8 105, Binding Lb. 2 834 f., Hälschner 2 787, Frank N. 11, Rüd.-St. N. 4, Schneidler aO. S. 22; aM. v. Schwarze N. 5.

Wenn freilich der Wähler entschlossen war, unter allen Umständen nach seiner eigenen Überzeugung zu wählen, also auf eine abgeänderte Wahlparole des Stimmenkäufers nicht einzugehen, so liegt eine Stimmenentäußerung gar nicht vor; dem Wähler fehlte der erforderliche Dolus, ev. auch ohne Berücksichtigung der eigenen Überzeugung zu wählen; vgl. zitt. Berlin u. Dresden; so: Hälschner, v. Liszt, Frank aO., Schneidler aO. S. 25, Freudenthal aO. S. 53; aM.: Binding Lb. 2 835, Rüd.-St. N. 4. Auch der betrogene Stimmenkäufer ist in diesem Falle nach N. 3 straflos, da in Wahrheit eine Willensvereinigung nicht stattgefunden hat.

4) Der Tatbestand erfordert, daß die Stimmenentäußerung mit Rücksicht auf ein *Entgelt* (N. 7) geschehen sei. Als Entgelt ist nicht nur denkbar, was nach Zivilrecht als Preis gelten kann, sondern jeder, dem persönlichen Interesse des Wahlberechtigten dienende, *materielle* Vorteil, wenn er auch nicht ein Vermögensvorteil ist (vgl. Code pénal art. 113 „un prix quelconque"; Entw. I „Geld oder andere Vorteile"), also „die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art" im Sinne des § 49a (das. N. 15). So im wesentlichen die GM., insbs. RG. I 3. Apr. 82, 9. Apr. 88, E. 6 194, 17 296. AM. einerseits Geyer 2 134 u. Freudenthal Wahlbestechg. S. 60, ein „materieller Vorteil" sei nicht erforderlich, andererseits Berner S. 384 u. Schneidler GS. 40 23, nur Vermögensvorteile kämen in Betracht.

Es genügt, daß der Vorteil, der keineswegs notwendig aus den *eigenen* Mitteln des Käufers zugewendet zu werden braucht (zit. RG. E. 17 296), *für die Stimmabgabe* erfolgt o. erfolgen soll; auch wenn das Gewährte Ersatz für Reisekosten und verlorenen Arbeitsverdienst ist, kann es bestimmend für die Zusage des anderen Teiles wirken, und ist alsdann der Vermögensvorteil die Veranlassung zur Zusage; RG. I 6. Nov. 84 E. 11 218.

5) Die zivilrechtliche Nichtigkeit der Vereinbarung, die nach BGB. § 138 unbedingt vorliegt, ist für den Tatbestand gleichgültig; vgl. RG. I 3. Apr. 82 E. 6 194 (btr. die Unerheblichkeit einer bestimmten zivilist. Obligationsform).

6) Gleichwie beim Kauf der Preis sofort oder erst später gezahlt, ferner die Übergabe vollzogen oder aufgeschoben sein kann, so hängt auch der Tatbestand des § 109 nicht davon ab, ob das *Entgelt nur versprochen* oder bereits *gewährt* ist, sowie ob die *Stimme abgegeben ist oder nicht*; die rechtswidrige Willensübereinstimmung hinsichtlich der Stimmenentäußerung ist davon unabhängig; so die GM., insbs. RG. I 3. Apr. 82 E. 6 194; aM.: Binding Lb. 2 833, John HH. 3 89 hinsichtl. des zweiten Punktes, es müsse zum Vollzug des Wahlaktes gekommen sein.

7) Die *Hauptstrafe* besteht in Gefängnis von 1 Mt. — 2 J. (§ 16), während als *Nebenstrafe* nach dem Schlußsatz i. V. mit § 32 auf VbER. erkannt werden kann.

8) Die *Strafverfolgung verjährt* nach § 67, in fünf Jahren.

9) *Zuständig* ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Sechster Abschnitt.
Widerstand gegen die Staatsgewalt.

1) Der schon wiederholt hervorgehobene Satz, daß im StGB. — mangels eines besonderen Zusatzes — unter *Staatseinrichtungen nur solche des DR. oder eines*

Digitized by Google

Bundesstaats zu verstehen seien (§ 31 N. 8, T. II Abschn. 5 N. 2), erlangt eine hervorragende Wichtigkeit (§ 4 N. 14) gegenüber dem Inhalte des Abschn. 6, speziell für welchen John HH. 3 91 ff. u. Rüd.-St. N. 1 ihn ausführlich begründen; hinsichtlich aller derjenigen §§., die den Schutz von „Beamten" bezwecken, ist noch besonders auf die Definition des § 359 zu verweisen. So außer John u. Rüd.-St.: Binding Lb. 2 374, 815, Geyer 2 137, v. Liszt S. 553, Merkel S. 388, v. Wächter S. 505, Frank N. zu Abschn. 6, Rubo N. *, R. Schulz Widerstand gg. d. ausw. Staatsgewalt (Magdeburg 1881) S. 14, 61, v. Streit Widersetzung S. 68, v. Bar Lehrbuch S. 272, H. Seuffert ZStrW. 15 820, im Resultate auch Hälschner (s. u.), ferner btr. des PrStGB.: Dockhorn, Heinze, G. 12 198, 17 737. AM. RG. III 15. Feb. 83 E. 8 53 (vgl. auch das § 4[3] N. 14 zit. RG. E. 15 221, das gegen die v. Liszt S. 554 N. 1 beliebte Herbeiziehung des Art. 32 des Internat. Vertr. v. 6. Mai 1882 btr. die polizeil. Regelung der Fischerei i. d. Nordsee sich wendet, weil die in ihm getroffene Vorschrift durch die Besonderheit des Falles bedingt sei; andererseits ist freilich auch zu vergleichen das § 3 N. 16 zit. E. 14 124, welches ausführt, daß V. gegen ausl. Zollgesetze, mangels besonderer, sie unter inl. Strafsanktionen stellender Gesetze, unter inl. Strafgesetze nicht fielen); aM. ferner: Berner S. 385, H. Meyer S. 635, Schütze S. 260 N. 4, Meves § 113 N. 2, v. Schwarze S. 51, auch Oppenh.-D. N. 1, 2, dieser jedoch mit der nicht folgerichtigen Einschränkung (gegen welche namentl. Rüd.-St. u. Schultz sich wenden), daß Abschn. 6 (u. 7) nur „auf solche Mißtaten Anwendung finden, welche gegen die am Orte der Tat bestehende Staatsgewalt gerichtet sind", sowie bezüglich des PrStGB. in ständiger Praxis Berlin.

Eine Mittelmeinung vertritt Hälschner 2 790 ff. (vgl. auch 1 160 ff.), prinzipielle Gründe rechtfertigten weder die eine noch die andere Auffassung, vielmehr müsse die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes entscheiden; in Rücksicht auf § 359 sei die Frage btr. der §§ 113 bis 117 dahin zu beantworten, daß unter den dort genannten Beamten nur Deutsche verstanden werden könnten; müßten aber diese wichtigsten Bestimmungen als solche angesehen werden, die nur auf den Widerstd. gg. d. Deutsche Staatsgewalt sich bezögen, so sei es unmöglich, die übrigen Strafbestimmungen des Abschn. auf den Schutz auch der ausländ. Staatsgew. auszudehnen, was freilich nicht mit Abschn. 7 harmoniere.

Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Vorschriften des Abschnitts auch Anwendung finden, wenn den Beamten eines Bundesstaates in einem anderen Widerstand geleistet wird ꝛc., falls nur im übrigen die Voraussetzgen vorliegen; Berlin 6. Feb. 73 G. 21 279.

2) Nach dem N. 1 Bemerkten liegt auch ein unter Abschn. 6 fallendes V. nicht vor, wenn der Widerstand gegen einen, auf Grund der Erlaubnis einer inl. Staatsbehörde im Inlande stationierten ausländischen Beamten sich richtet; aM.: Binding Lb. 2 376 (nach den Grundsätzen der bona fides), ferner Hälschner 2 795, Oppenh.-D. N. 2, v. Streit Widersetzung S. 74, weil ein solcher Beamter die ihm übertragene inl. Staatsgewalt ausübe. Wäre das der Fall, dann würde er allerdings als inländischer Beamter fungieren (Dockhorn G. 12 199), jene Ausnahme wird aber keineswegs durchweg tatsächlich zutreffen; so auch v. Bar Lehrbuch S. 273.

3) Die Überschrift des Abschnitts harmoniert mit seinem Inhalte nicht vollständig, wie die Einsicht der §§ 117—119 ergibt (§ 117 N. 1); schon dies spricht dagegen, daß durch den Abschn. 6 als solchen eine Materie i. S. des EG. § 2 geregelt sei. So: Binding Hb. 1 322, die Delikte des Abschn. 6 seien zweifellos nicht als kriminalistische Einheit gefaßt, Rüd.-St. N. 2. AM. RG. I 17. Nov. 87, 20. Feb. 88, 21. Sept. 93, E. 16 340, 17 134, 24 313 (nach ursprünglich abweichender Ansicht), es sei die Materie des Widerstds. gg. d. Staatsgewalt für geregelt zu erachten, weil eine Reichsstrafgesetzgbg. notwendig die Bedeutung in sich trage, den die Sicherheit des Reichs unmittelbar u. mittelbar begreifenden Schutz des Strafrechts allein und einheitlich zu regeln. Eine Mittelmeinung vertritt Hälschner 1 114, indem er im Abschn. 6 zwar „das Bild eines wesentlich geordneten, in sich abgeschlossenen Ganzen" sieht, dennoch aber, nach der positiven Fassung des Gesetzes und insbs. auch mit Rücksicht auf die bereits im Abschn. 29 getroffenen Ergänzungen, eine landesgesetzl. Ergänzung, namentl. der §§ 113—115, für zulässig erachtet.

Digitized by Google

§. 110.

Wer öffentlich vor einer Menſchenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anſchlag oder öffentliche Ausſtellung von Schriften oder anderen Darſtellungen zum Ungehorſam gegen Geſetze oder rechtsgültige Verordnungen oder gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuſtändigkeit getroffenen Anordnungen auffordert, wird mit Geldſtrafe bis zu ſechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren beſtraft.

PrStGB. § 87. Entw. I § 92, II § 108. StR. S. 333 ff., 399 ff., 1168.

Akte d. Geſetzgebungsgewalt 17.
Anordnungen, obrigkeitl. 18, 19,
beſtimmte 21,
geſetzl. Erzwingbarkeit 22.
Anſchlag 12.
Anſtiftung 24.
Aufforderung, ſtrafb. 2,
Begriff d. öffentl. 6, durch Verbreitung v. Schriften ꝛc. 9, an eine beſt. Perſon 8,
Inhalt 16.
Ausſtellung 12.
Darſtellungen 9, 14.
„Durch" Verbreitung ꝛc. 15.
Entſtehungsgeſchichte 1.
Erfolg d. Auffdg. 4 b.
Geſetze 17 a, insbſ. a.
Kenntnisnahme v. d. Auffdg. 4 a.
Menſchenmenge 7.
Obrigkeit 19 a.
Öffentlichkeit 5;
öffentl. Auffdg. 6, Anſchlag ꝛc. 13.
Rechtsgültigkeit einer Verordnung 17 b.
Schriften 9, 14.
Strafe 26.
Ungehorſam, als Inhalt der Aufforderg. 16,
gg. Akte d. Geſetzesgewlt. 17,
gg. obrigkeitl. Anordgen 18.
Verbreitung 10 ff.
Verhältnis z. § 111: 25.
Verjährung 27.
Verordnung, rechtsgültige 17 b.
„Vor" einer Menſchenmenge 8.
Vorſatz 23.
Widerſtand, paſſiver 16.
Zuſtändigkeit, d. Obrigkeit 20,
gerichtliche 27.

Zu §§ 110—113 N. 1, 2.

1) Im Anſchluß an die §§ 87, 89 PrStGB. enthielten die Entwürfe weder im § 110 die Ausdrücke „rechtsgültige" und „innerhalb ihrer Zuſtändigkeit getroffenen", noch im § 113 die Worte „in — bzw. während — der rechtmäßigen Ausübung ſeines Amtes".

In der zweiten Beratung beantragte der Abg. Fries, im § 110 „die geſetzlich gerechtfertigten Anordnungen der zuſtändigen Obrigkeit" zu ſagen und im § 113 zwiſchen den Worten „während" und „einer Amtshandlung" beide Male „der geſetzmäßigen Vornahme" einzuſchalten, demgegenüber der Abg. Planck die Anträge einbrachte, die betreffenden Worte im § 110 dahin „gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuſtändigkeit getroffenen Anordnungen", im § 113 aber ſo: „während einer innerhalb ſeiner Zuſtändigkeit vorgenommenen Amtshandlung" zu faſſen. Zu beiden §§. wurden die Planckſchen Anträge nach lebhaften Debatten angenommen. In der dritten Beratung wurde aber auf den Antrag der Abg. Lasker und Gen. im § 110 vor dem Worte „Verordnungen" noch eingeſchaltet „rechtsgültige" und im § 113 ſtatt der Planckſchen Faſſung geſagt: „in (bzw. während) der rechtmäßigen Ausübung ſeines Amtes", beides nach einer ganz kurzen Motivierung, und zwar ſeitens des Abg. Lasker zu § 110 dahin, daß die Einſchaltung ein Mißverſtändnis beſeitigen ſolle, das daraus entſtehen könne, daß es nach PrStaatsrecht Verordnungen gebe, die zwar formell als ſolche erlaſſen würden, aber in Wahrheit keine Gültigkeit hätten, ſeitens des Abg. Meyer (Thorn) zu § 113 aber dahin, daß die vorgeſchlagene Änderung eine Wiedergabe des zum VStG. § 161 angenommenen Prinzips ſei.

2) In den §§ 110—112 werden Aufforderungen gewiſſen Inhalts mit Strafe bedroht, wie ein Gleiches die §§ 49 a und 85 tun, die ſomit (§ 49 a wenigſtens ſeinem Hauptinhalte nach) ſyſtematiſch zuſammengehören; §§ 49 a N. 2, 85 N. 1.

Zu § 110. N. 3—27.

3) Ein „Auffordern" (§§ 49 a N. 5 a) bezeichnet eine an einen anderen ſich richtende Kundgebung, durch welche der Auffordernde dieſen in einer erkennbaren, wenn auch vielleicht von ihm nicht erkannten, Weiſe zu einem Tun oder Laſſen beſtimmen will. Wenn RG. II 19. Apr. 81 E. 4 106 „jede Kundgebung, welche eine Einwirkung auf den Willen anderer bezweckt", zum „Auffordern" für genügend erachtet, ſo geht das nicht nur über den geltend gemachten „üblichen Sprachgebrauch" hinaus, ſondern widerſtreitet auch inſofern der Entſtehungsgeſchichte, als das RStGB. die Worte des PrStGB. § 87 „oder anreizt", die der Entw. I noch enthielt, nicht aufgenommen hat. Demnach kann zwar mit

Digitized by Google

dem zit. RG. „in dem Rate zur Nichtbefolgung in Verbindung mit der Darlegung des im Falle der Befolgung zu erwartenden Nachteils" eine „Aufforderung" gefunden werden, dagegen in der unter dem Scheine des Gegenteils, z. B. der Abmahnung, erfolgenden Aufforderung (vgl. § 48 N. 13) nur dann, wenn sie erkennbar die wahre Absicht des Auffordernden zum Ausdruck brachte; so Binding Lb. 2 843; aM. Geyer HH. 4 151, Aufforderung" liege nicht vor.

Im übrigen gibt das Gesetz betreffs der Form oder des Mittels der Aufforderg. keinerlei Vorschriften; so zit. RG. E. 4 106. Demnach kann die Aufforderg. ausdrücklich oder auch durch konkludente Hdlgen geschehen; RG. IV 28. Jan. 02 G. 49 124, Berlin 26. Jan. 76 O. 17 53, München 14. März 74 G. 22 282, Binding aO., Hälschner 2 752.

4 a) Der Begriff der Aufforderg. bedingt, daß sie zur sinnlichen Kenntnis — wenn auch nicht zum Verständnis — des anderen komme, an den sie sich richtet (§ 49a N. 6); sonst liegt nur ein Versuch der Aufforderg. vor; so: Binding Lb. 2 843 f., Frank N. III; aM.: RG. II, III 21. Okt. 81 E. 5 60 (vgl. aber § 112 N. 1_2), Rüd.-St. N. 3. Daraus folgt, daß eine Aufforderung zwar vorliegen kann, wenn der Aufgeforderte die Sprache, in der sie geschah, nicht versteht; (so Binding Lb. 2 843; aM. Berlin 19. Feb. 78 O. 19 75), nicht aber da, wo tatsächlich eine Kenntnisnahme nicht stattgefunden hat; die Kenntnisnahme im o. S. muß auch durch die Aufforderg. selbst vermittelt sein, so daß z. B. eine durch nachträgliche Mitteilung veranlaßte Kenntnisnahme nicht in Betracht kommt; vgl. auch das zit. RG. E. 5 60, das von seinem Standpunkte aus zutreffend annimmt, es könne, da das V. mit der Aufforderg. vollendet sei, nichts darauf ankommen, ob nachträglich die Aufforderg. zur Kunde von Nichtanwesenden, denen eine Gehorsamspflicht obliege, gelangt sei. Die durch den Auffordernden bewirkte Verhinderung der Kenntnisnahme macht daher seine Hdlg. straflos.

b) Dagegen erfordert weder das Gesetz noch der Begriff der Aufforderg., daß letztere von Erfolg begleitet sei. Deshalb ist es auch (die Kenntnisnahme seitens des Aufgeforderten vorausgesetzt) für den Tatbestand nicht von Belang, aus welchem Grunde der Erfolg ausgeblieben ist, insbs. ob die Anwesenden der Aufforderg. nicht Folge leisten konnten oder nicht wollten, und im ersteren Falle, ob die Unmöglichkeit in tatsächlichen Hindernissen oder in dem Mangel einer den btr. Personen obliegenden Gehorsamspflicht ihren Grund hatte; so zit. RG. E. 5 60, insbs. in letzterem Punkte (den Geyer 2 135 als s. bestreitbar bezeichnet) Berlin 9. Nov. 76 O. 17 727. Dieser Umstand gibt Veranlassung zu der Auffassung, daß in den strafb. Aufforderg an und für sich nur eine Versuchshdlg. zu einer selbständigen strafb. Hdlg. erhoben sei (vgl. z. B. Berlin 19. Feb. 78 O. 19 75), eine Auffassung, die Bedenken unterliegt, sowohl weil der Erfolg in dem eben bezeichneten Sinne von dem Tatbestande der Aufforderungsdelikte keineswegs ausgeschlossen ist, z. B. die Strafe des § 110 gleichmäßig Anwendung findet, mag der Ungehorsam geleistet sein oder nicht (vgl. § 111_1), als auch weil, wie zu a bemerkt, ein Versuch der Aufforderg. begrifflich denkbar ist.

5) Der Begriff der „Öffentlichkeit" ist, wie im gemeinen Leben, so auch im StGB., ein sehr mannigfacher, so daß deshalb das letztere von einer Begriffsbestimmung dessen, was unter Öffentlchkt. zu verstehen sei, abgesehen hat; vgl. RG. I 12. Apr. 80 E. 1 357 sowie namentl. Meves G. 35 309 ff. N. *. Speziell den Begriff der „Öffentlichkeit einer Handlung" anlangend, so sollte für ihn nach den Motiven das Merkmal des „öffentlichen Ortes", so wenig es für den Tatbestand gewisser strafb. Hdlgen (§ 116 N. 2) zu entbehren ist, nicht mehr entscheidend sein; deshalb ist es unrichtig, wenn Rubo § 85 N. 1 „öffentlich" lediglich als die Eigenschaft des Ortes der Tat bezeichnet. Man ging vielmehr davon aus, daß „dem Sprachgebrauche gemäß eine Hdlg. nur dann als öffentlich geschehen zu betrachten sei, wenn sie in einer Art und Weise vorgenommen werde, daß sie unbestimmt von welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden konnte", gleichgültig, ob die Hdlg. an einem öffentlichen o. einem privaten Orte geschah; so RG. II 22. Feb. 81 E. 3 361 u. Berlin 10. Nov. 71 O. 12 576 (beide den Tatbestand des § 183 bejahend bei Hdlgen, die an einem Privatorte vorgenommen waren). Diesen Standpunkt nimmt auch im wesentlichen, obschon demnächst unter näherer Begrenzung

Digitized by Google

(s. u.), das RG. ein mit der daraus sich ergebenden Folge, daß es wesentlich Tatfrage sei, ob im Einzelfalle Öffentlichkeit der Hdlg. anzunehmen oder nicht; so RG. III 15. März 84 E. 10 296, die „Öffentlichkeit" sei speziell für § 110 dadurch nicht beseitigt, daß die Aufforderg. in einer Wirtschaftslokalität geschah, die einem Hochzeitgeber gegen eine Vergütung zur Abhaltung einer sog. Gebehochzeit eingeräumt war, zu der jede „ordentliche Person, auch ohne geladen zu sein, gegen die Verpflichtung der Verabreichung einer Gabe Zutritt hat". Aus dem Gegenteil ergibt sich, daß eine nur für die Wahrnehmung gewisser Personen bestimmte Hdlg., die, von Zufälligkeiten oder Möglichkeiten, die erfahrungsgemäß nicht zur Wirklichkeit zu werden pflegen, abgesehen, auch nur von diesen bemerkt werden konnte, schon rein objektiv genommen, keine öffentliche ist (RG. I 17. März 03 E. 35 159 btr. § 166, II 28. Okt. 04 E. 37 289 btr. § 200), während überall, wo die öffentliche Vornahme einer Hdlg. mit zum Deliktsvorsatz gehört, aus subjektivem Grunde die Öffentlichkeit dem Täter auch da nicht zugerechnet werden kann, wo ihm das Bewußtsein vom objektiven Vorliegen der Öffentlchkt. fehlte; Hälschner 2 695, Oppenh.-D. § 85 N. 9, Billnow GS. 30 157, Kohler Studien 1 171; weiter geht Binding Lb. 2 845, wenn er als ö. Aufforderg. nur eine solche ansieht, die nicht für die ausschließliche Wahrnehmung individuell bestimmter Personen berechnet ist. Die hiernach das Wesen der Öffentlchkt. bildende Unbestimmtheit des Personenkreises ist aber nicht im absolutesten S. zu verstehen, findet vielmehr ihre begriffliche Begrenzung in dem Gegensatze, wonach die Öffentlchkt. ausgeschlossen ist, wenn die Äußerung tatsächlich o. nach dem Willen des Täters auf die Wahrnehmung einer einzelnen Person oder eines engeren, vermöge der besonderen Umstände des Falles als in sich verbunden u. bestimmt abgeschlossen anzusehenden Kreises von Personen sich beschränkt; so RG. III 5. Jan. 91 u. ähnlich I 23. Nov. 91, E. 21 254, 22 241, beide btr. § 166, die dadurch, daß eine Äußerung in einer nur von Vereinsmitgliedern besuchten u. nur diesen zugänglichen Versammlung eines Vereins, bzw. in einem Raume, zu welchem lediglich die in der Fabrik beschäftigten Arbeiter Zutritt hatten, vor solchen geschah, die Öffentlchkt. nicht schlechthin als ausgeschlossen ansahen.

Übrigens ist, wie auch Meves aO. S. 311 annimmt, trotz Beziehung der Öffentlchkt. auf die Ausführung der Handlung dennoch der Begriff der „Öffentlichkeit" in einzelnen Gesetzesbestimmungen (vgl. §§ 115 N. 1b, 124 f., 286 N. 7, 290 N. 2) nicht, wie in den meisten übrigen, die Wahrnehmbarkeit, sondern vielmehr die Beteiligungsmöglichkeit seitens unbestimmt welcher und wie vieler Personen.

6) Der erste Mischtatbestand des § 110 betrifft eine „öffentliche (N. 5) Aufforderung (N. 3 f.) vor (N. 8) einer Menschenmenge" (N. 7). Hier wird sonach zweifellos die Öffentlchkt. der Handlung erfordert und zwar in dem Sinne, daß es auf deren Wahrnehmbarkeit ankommt; hiernach ist das Merkmal der „Öffentlichkeit" in dem o. N. 5$_1$ aufgestellten Sinne zu verstehen.

7) Eine „Menschenmenge" ist einerseits zu unterscheiden von einer bloßen Personenmehrheit, die schon durch zwei Personen gebildet wird (§ 47 N. 1); zu jener ist eine größere Anzahl von Personen erforderlich; RG. II 23. Okt. 83 E. 9 143 (btr. § 125), Berlin 2. Apr. 75 O. 16 265, Oppenh.-D. § 85 N. 11. Man wird eine „Menge" nicht annehmen können, falls ihre Zahl sofort auf den ersten Blick festgestellt werden kann; Binding Lb. 2 800, Hälschner 2 492, Merkel S. 378, Frank N. II 1b. Entsprechend erachtet Rubo § 85 N. 2 dafür, daß eine Zahl von nur drei Personen eine Menschenmenge nicht bildet.

Andererseits ist der Begriff der Menschenmenge nicht auf eine ungezählte Menge von Menschen zu beschränken, vielmehr ist nach Zeit, Ort und Umständen des Falles zu entscheiden, ob eine größere Personenzahl als Menschenmenge anzusehen sei; so: zit. RG. E. 9 143, IV 4. Juni 01 G. 48 351 (btr. § 116), Binding aO., Geyer 2 26, auch v. Liszt S. 404, eine ungemessene Vielheit"; H. Meyer S. 651 erachtet als Menge die Zahl von Personen, „nicht bei der es auf das Fehlen o. Hinzutreten einer einzelnen Person nicht mehr ankomme. Bei der konkreten Beurteilung, ob eine „Menschenmenge" anzunehmen sei, wird hier und wo sonst die Gefährdung der öffentl. Ordnung in Frage steht, wesentlich entscheidend sein,

Digitized by Google

ob die versammelte Personenzahl eben ihrer Anzahl wegen eine solche Gefährdung in sich birgt; zit. RG. G. 48 351; vgl. auch § 115 N. 2.

Eine Menschenmenge ist endlich nicht einer Vielheit von Menschen gleichzustellen; ihrem Begriffe nach ist darunter vielmehr eine durcheinander gemengte, also ungeordnete, nach Zahl und Individualität nicht bestimmte, Vielheit zu verstehen, so daß z. B. eine Aufforderung, die vor einem in Front stehenden Truppenkörper ergeht, für den Tatbestand des § 110 nicht in Betracht kommt; zwischen beiden Fällen waltet auch gesetzgeberisch ein nicht zu verkennender Unterschied ob. So: Hälschner 2 751, v. Liszt aO. (eine ungeordnete „Mehrheit"), Frank aO., Rubo § 85 N. 2. aM.: Binding Lb. 2 844, H. Meyer S. 657.

8) Die öffentl. Aufforderg. muß „vor einer Menschenmenge" geschehen, sie braucht aber nicht „an" eine solche gerichtet zu werden; so: RG. II, III 21. Okt. 81 E. 5 60, II 25. Jan. 87 N. 9 92, Dresden 4. Dez. 71 St. 1 267, Hälschner 2 751, Frank N. II 1 b, Oppenh.-D. § 85, N. 13, Rubo § 85 N. 3; aM. Binding aO. u. S. 845 (mindestens an einen Teil der Menge, die selbst noch eine Menge darstelle). Der Grund für die Strafandrohung liegt in der objektiven Gefährlichkeit der Hdlg., namentl. weil derartige Kundgebungen der Nichtachtung obrigkeitlicher Gebote, die Autorität der Obrigkeit allgemein und damit eine Grundlage der öffentlichen Rechtsordnung zu untergraben geeignet sind; so: zitt. RG. E. 5 60, N. 9 92, Berlin 9. Nov. 76 O. 17 727. Deshalb bildet eine weitere besondere „Beziehung der Aufforderung zu der Anwesenheit einer Menschenmenge, nach welcher durch letztere die erstere einen gemeingefährlichen Charakter erhält", keine Voraussetzung des § 110; aM. jedoch: zit. Dresden, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 6.

Die „vor einer Menschenmenge" stattfindende Auffdg. erfüllt auch dann den Tatbestand, wenn sie nur an eine oder mehrere bestimmte Personen sich richtete; so: RG. II 25. Jan. 87 N. 9 92, Hälschner 2 751, H. Meyer S. 658; aM.: Berlin 9. Nov. 76 O. 17 727, Binding aO. Es erscheint sogar notwendig, daß die Auffdg., wenn sie nicht an die Menge selbst gerichtet ist, wenigstens an einen oder einzelne der Anwesenden geschehe, weil sonst mangels fehlender Kenntnisnahme (N. 4 a) eine vollendete Aufforderg. nicht vorliegen würde; aM.: das zit. RG. E. 5 60, Geyer 2 135.

9) Die durch den zweiten Mischtatbestand des § 110 erforderte „Aufforderung durch Verbreitung, öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen" (§ 41 N. 3) wird der des ersten Mischtatbestandes (N. 6—8) völlig gleichgestellt, so daß auch bei Anwendung jener Mittel der Aufforderg. die dort hervorgehobenen Gesichtspunkte in entsprechender Weise Platz greifen; RG. II, III 21. Okt. 81 E. 5 60.

Nach dem Entw. sollte durch die Fassung „Wer durch Schriften 2c., welche verbreitet 2c. werden", der Verfasser der demnächst verbreiteten Schrift direkt als Täter getroffen werden (vgl. jedoch John HH. 3 100), während nach der jetzigen, auf dem Antrage des Abg. Fries beruhenden, Fassung der Verfasser als solcher aus § 110 unzweifelhaft nicht als Täter, sondern höchstens als Anstifter oder Gehilfe strafbar ist (StB. S. 390 f.); Binding Lb. 2 846, Rüd.-St. Abschn. 6 N. 3 vorl. Abs.

10) Die „Verbreitung" (N. 10—12) von Schriften 2c., als Mittel der Aufforderung, braucht zunächst, wie die Wortfassung deutlich ergibt, keine „öffentliche" zu sein; so: RG. II, III 5. Okt. 82 E. 7 113, Binding Lb. 2 846, Hälschner 2 751, Schütze Anh. S. 14 N. 2 Frank N. II 2 a, Klöppel RPreßr. S. 401; aM.: John HH. 3 98, v. Liszt S. 565 (383 N. 3) Im übrigen ist aber aus der Zusammenstellung der Aufforderg. durch Schriftverbreitung mit den übrigen im § 110 bezeichneten Arten der Aufforderg. der Schluß zu ziehen, daß hier unter „Verbreitung einer Schrift" deren Mitteilung an einen größeren, auf „breiterer" Grundlage beruhenden, Personenkreis zu verstehen sei; so im wesentlichen auch das zit. RG. sowie FS. 10. Sept. 97 E. 30 224 (für alle Fälle, wo die „Verbreitung von Schriften" unter Strafe gestellt sei; vgl. jedoch btr. § 186 RG. IV 28. Juni 01 E. 48 360); ferner Schütze aO.; deshalb erschöpft sich auch dieser Mischtatbestand ohne weiteres in der Verbreitung der Schrift (Berlin 4. Mai 76 G. 24 543), ohne daß noch die Feststllg. erforderlich wäre, an wen die Aufforderung sich richte. Man kann daher die Verbreitung als eine Unterart

Digitized by Google

der öffentl. Verübung i. w. S. bezeichnen; vgl. Frank N. II 2a, von dem Begriffe der Verbreitung werde der der Öffentlichkt. eingeschlossen. Hieraus ergibt sich:

a) Das Verbreiten setzt nicht die Zugänglichmachung an das Publikum im Sinne eines nicht individuell bestimmten und begrenzten Personenkreises voraus; so: RG. zit. E. 7 113, III 22. Okt. 83 E. 9 292, Hälschner aO., Frank N. II 2a; aM. v. Liszt S. 383 u. 15. DJZ. 1 62.

b) Nicht schon jede Vergrößerung der Zahl der Wissenden stellt als eine Verbreitung sich dar (so jedoch Rubo § 85 N. 4); es muß eine größere Anzahl von, wenn auch der Zahl u. der Individualität nach bestimmten, Personen sein, denen die Schrift zugeht (zit. RG. E. 30 224), weshalb auch das zit. RG. E. 9 292 annahm, daß „Verbreitung" den Gegensatz zu einer Hingabe nur an eine oder einige wenige individuell bestimmte Personen bilde, während freilich nach RG. II 10. Jan. 82 N. 4 29 schon die Versendung einer Schrift an eine einzige Person eine Verbreitung (i. S. des § 184) soll darstellen können, welcher Ansicht demnächst RG. II 28. Sept. 80, 28. Sept. 83, II, III 5. Okt. 82, 10. Okt. 87, E. 2 270, 9 71, 7 113, 16 245, III 27. Sept. 82, 6. Nov. 84, N. 4 716, 6 703 unter der Voraussetzung sich angeschlossen haben, daß die Übersendung der Schrift an eine bestimmte Person dann als eine „Verbreitung" anzusehen sei, wenn dabei die Absicht obwaltete, daß die Schrift einem größeren Personenkreise zugänglich gemacht werde; so auch: Berlin 4. Apr. 73 St. 2 317 (btr. § 186), Dresden 14. Jan. 78 St. 8 136 (btr. § 184), Hälschner 2 193, Klöppel NPreßr. S. 402. Allein dieses subjektive Moment würde in einem solchen Falle wohl die Annahme einer versuchten Verbreitung rechtfertigen, erscheint aber zur Herstellung der objektiven Unterlage des Begriffes nicht ausreichend (so auch Gabler Üble Nachr. S. 82 btr. § 186); gegen diese Auffassung wendet sich das zit. RG. E. 16 245 mit der Ausführung, daß, wenn die Absicht vorhanden, für den Begriff der Verbreitung ein Anfang u. ein Ende nicht zu unterscheiden sei; auch die begonnene V. sei V.; sie beginne ev. mit der Aufgabe zur Post; V. umfasse im allg. sprachlichen S. wie i. S. des Gesetzes sowohl die Verbreitungstätigkeit wie das Ereignis derselben, ohne ein solches Ergebnis für den Begriff zu fordern. Wie groß übrigens der Personenkreis, dem die Schrift zugänglich gemacht wird, sein muß, um eine Verbreitung anzunehmen, läßt nicht allgemein, sondern nur nach den konkreten Verhältnissen sich bestimmen (so auch das RG.); der vertrauliche Charakter der Mitteilung kann wohl ein gegen die Verbreitungsabsicht ins Gewicht fallendes Moment sein (vgl. das zit. Dresden), keineswegs aber ist bei einer tatsächlich „auf breiter Grundlage" erfolgenden Mitteilung der Umstand, daß den einzelnen Personen die „Vertraulichkeit der Mitteilung" ans Herz gelegt wird, geeignet, die Annahme der Verbreitung auszuschließen; so zit. RG. E. 7 113.

11) Das Verbreiten setzt ein Zugänglichmachen der Schrift selbst, eine Mitteilung derselben von Hand zu Hand voraus; RG. III 24. Nov. 84 E. 11 382 (btr. § 184). Demgemäß findet ein solches durch bloße Mitteilung o. Vorlesung des Inhalts der Schrift nicht statt; Berlin 12. Juli 77 O. 18 527, Schütze Anh. S. 15 N. 2, Frank N. II 2a. Deshalb erscheint es selbst von dem N. 10 charakterisierten Standpunkte des RG. bedenklich, wenn RG. II 28. Sept. 83 E. 9 71 ausführt, in der Übersendung einer Schrift mit der Aufforderg. an den Empfänger, von dem Inhalte Kenntnis zu nehmen und sodann die Schrift, wenn auch nicht im Original, sondern in handschriftlicher oder hektographischer Mitteilung, weiter zu geben, könne eine Verbreitung gefunden werden; zustimmend jedoch Binding Lb. 2 845 N. 2.

12) Die Ausdrücke „Anschlag" und „Ausstellung" von Schriften ꝛc. (§ 184 N. 7c) sind nicht im engen Wortsinne aufzufassen, sondern nach dem Zwecke der Strafbestimmung, die hier wider solche Akte sich richtet, die ein oder mehrere Exemplare der Schrift unmittelbar dem Anblicke einer Mehrheit von Menschen zugänglich machen; wie „Ausstellen" auch Auslegen und Aushängen umfaßt, so „Anschlagen" auch Anheften, Ankleben und überhaupt jede mechanische Tätigkeit, durch welche eine Schrift mit einem festen Gegenstande als Träger derselben sichtbar wird; beide Begriffe fließen ineinander über, so daß z. B. Zeichnen o. Malen an einer Mauer sowohl als „Anschlagen" wie auch als „Aus-

Digitized by Google

stellen" angesehen werden kann; so RG. III 24. Nov. 84 E. 11 282 (btr. § 184), v. Liszt S. 384; aM. Frank N. II 2b (das sei bedenklich wg. PreßG. § 9?). Aus der Bedeutung dieser Begriffe und dem des „Verbreitens" (vgl. insbs. N. 11) folgt, daß dieses nicht in Frage kommen kann, wo ein „Anschlagen" o. „Ausstellen" vorliegt; zit. RG. E. 11 282.

13) Wenn erfordert wird, daß die Aufforderg. durch „öffentlichen Anschlag" bzw. „öffentliche Ausstellung" von Schriften 2c. erfolge, so erhellt ohne weiteres, daß es hier, obschon jene Worte weniger die Handlung selbst als deren Ergebnis bezeichnen, doch nur auf die Wahrnehmbarkeit des Anschlages 2c. ankommt, so daß „öffentlich" in dem N. 5_1 angegebenen S. zu verstehen ist.

14) Weder das „Verbreiten" noch das „Anschlagen o. Ausstellen" erfordert eine Mehrzahl von Schriften 2c.; obschon im Gesetze der Plural gebraucht ist, hat der Gesetzgeber doch damit hier so wenig wie in zahlreichen anderen Fällen (vgl. Register „Plural statt Singular") den Tatbestand auf eine Mehrheit einschränken wollen; es handelt sich vielmehr nur um einen häufig wiederkehrenden Sprachgebrauch, vielleicht auch um die Andeutung, daß selbst bei Verbreitung 2c. mehrerer Schriften nur eine juristische Einheit anzunehmen sei (§ 73 N. 7b); RG. III 22. Okt. 83 (btr. Verbreitens), 24. Nov. 84 (btr. Ausstellens u. Anschlagens), E. 9 292, 11 282, Berlin 20. Juni 73 St. 3 42 (btr. § 360[6]), Hälschner 2 751.

15) „Durch Verbreitung 2c." muß die Aufforderg. geschehen sein, d. h. es muß der Täter der Schriftverbreitung 2c. als Mittel der Aufforderg. sich bedient haben. Deshalb findet diese Alternative des § 110 keine Anwendung, wenn die Schriftverbreitung nur den Anlaß zum Ungehorsam gab; vgl. München 14. März 74 G. 22 282.

16) Die Aufforderg. muß inhaltlich gerichtet sein auf „Ungehorsam" und zwar: a. gegen „Gesetze" oder b. gegen „rechtsgültige Verordnungen" oder c. gegen „die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen", wobei durchweg (vgl. Abschn. 6 N. 1) deutsche Gesetze usw. vorausgesetzt werden; so Binding Lb. 2 846, 854; vgl. auch OAA. zu RG. E. 34 121; aM. Oppenh.-D. N. 10. Demnach hat die Strafnorm des § 110 mit dem Gehorsam gegen Beamten u. Behörden bzw. deren konkrete Amtshdlgen es unmittelbar nicht zu tun, vielmehr sind es die in den Gesetzen 2c. ruhenden unpersönlichen Grundlagen der Rechtsordnung, deren Autorität gegen Erschütterung durch öffentliche Proklamationen zur Mißachtung geschützt werden soll; RG. II, III 21. Okt. 81, III 15. März 84, 4. Dez. 90, 2. Feb. 91, IV 3. Dez. 89 (2 Entsch.), E. 5 60, 10 296, 21 192, 355, 20 63, 150, I 9. Okt. 84, 1. Juni 93, R. 6 605, E. 24 189; vgl. jedoch OAA. E. 21 359, 24 191. Folgeweise ist § 110 unanwendbar, sobald die Aufforderung lediglich zur Verübung einer konkreten Hdlg. in Frage steht (so ausdrücklich RG. IV 27. Okt. 91 E. 22 185; auch I 15. Jan. 91 E. 21 304 steht nicht entgegen, da es nur besagen wollte, daß ein bewußt gewolltes Handeln genüge, die Absicht sonach nicht auf die Gesetzesverletzung gerichtet zu sein brauche; vgl. das zit. E. 24 189), während es wesentlich die Aufforderg. zum sog. passiven Widerstande ist, die unter § 110 fällt; denn da der gegen die Personen sich richtende aktive Widerstand meist eine „strafb. Hdlg." darstellen wird, so findet bei der Aufforderg. zu solchem regelmäßig § 111 Anwendung; so: zit. RG. E. 21 192, Berlin 14. Mai 74, 3. Mai 76, 8. Nov. 77, St. 4 11, G. 24 543, O. 18 698 (Aufforderg., mit dem Staatskommissar für die Bistumsverwaltung nicht zu korrespondieren), Hälschner 2 796, v. Liszt S. 565, Frank § 111 N. 1, Oppenh.-D. N. 7; aM. Binding Lb. 2 851 f., die gemachte Unterscheidung sei unhaltbar, es handele sich immer um Aufforderungen zum konkreten Ungeh. Unter jener Voraussetzung kann übrigens auch bei einem bereits vorliegenden Ungeh. die Aufforderg. zum fortgesetzten Ung. gg. das Gesetz den Tatbestand erfüllen; vgl. über diese Frage das zit. RG. III E. 21 355 sowie Binding Lb. 2 854.

17) Bei der Aufforderg. zum Ungehorsam gegen — bereits erlassene, wenn auch noch nicht in Wirksamkeit getretene (Frank N. 1 letzt. Abs.) — „Gesetze oder rechtsgültige Verordnungen" (N. 16a, b) sind Akte der Gesetzgebungsgewalt in ihren verschiedenen staatsrechtl. Formen Gegenstand des Angriffs. Der Ungehorsam muß demnach geleistet werden, soweit es um den materiellen Gesetzesbegriff sich handelt (Laband Staatsr. 2 1), gegen sanktionierte Rechtssätze oder, wie RG. III 15. März 84 E. 10 296

Digitized by Google

sich ausdrückt, gegen Gebots- o. Verbotsnormen von dauernder Geltung, die das allgemeine Verhalten regeln (vgl. über die Frage, ob die an vorläufig in die Heimat beurlaubte Rekruten gerichtete Aufforderg., nach ihrem bevorstehenden Eintritt in das Heer die sozialdemokratischen Lehren während der Dienstzeit unter ihren Kameraden zu verbreiten, das fr. Tatbestandsmerkmal erfülle: RG. II 8. Nov. 95 E. 27 406). Dabei bezieht § 110 sich sowohl auf den Ungehorsam gegen Strafgesetze, als auch auf den gegen bürgerliche Gesetze; letzteres wird weder durch die Entstehungsgeschichte, noch durch den Wortlaut o. Sinn des §. ausgeschlossen; so RG. IV 3. Dez. 89 (2 Entsch.), I 15. Jan., II 28. Jan., III 2. Feb. 91, E. 20 63, 150, 21 304, 299, 355; sachlich aber nicht in der Begr. übereinstimmend Binding Lb. 2 848 f.; aM.: v. Liszt S. 565, H. Meyer S. 657, Frank N. 1 u. ZStrW. 14 375; vgl. auch Roßmann Öffentl. Aufforderung z. Streik (München 1892), Klöppel RPreßr. S. 399 u. Seuffert Anarchismus u. Strafr. S. 128 ff. Soweit aber der formelle Gesetzesbegriff in Frage kommt (Laband aO. S. 55 ff.), handelt es sich um den Ungehorsam gegen Rechtsvorschriften, die erlassen sind entweder von den sog. gesetzgebenden Faktoren („Gesetze") oder von Organen der Regierungsgewalt („Verordnungen"); vgl. Hälschner 2 797 btr. des Begriffes der Verordnungen. Ob die Rechtspflicht, die durch Ungehorsam zu verletzen Gegenstand der Aufforderg. ist, auf einem Gesetze o. einer Verordnung beruht oder aus dem Zusammenhange mehrerer Gesetzesbestimmungen 2c. herzuleiten ist, erscheint gleichgültig; Berlin 26. Jan. 76 O. 17 53. Im einzelnen ist noch zu bemerken:

a) Unter „Gesetze" fallen auch die vom Landesherrn in seiner Eigenschaft als oberster Inhaber der Kirchengewalt erlassenen Kirchengesetze; so: Berlin 4. Dez. 78 O. 19 566, Oppenh.-O. N. 1a; aM. Binding Lb. 2 381, 849.

b) Der Ausdruck „rechtsgültige Verordnungen" bedarf einer Erläuterung dahin daß er — wie nach der Entstehungsgeschichte (N. 1) nicht zweifelhaft sein kann — in Anlehnung an Art. 106 der PrVerfassungsurk. v. 31. Jan. 1850 solche Verordnungen bezeichnet, welche nicht bloß wegen ihrer Bekanntmachung in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form rechtsverbindlich sind, sondern auch zugleich materiell dem Staatsrechte entsprechen (RG. III 4. Feb. 01 E. 34 121 hinsichtl. der Ungültigkt. der Lübecker V. btr. Verbot des Streikpostenstehens), während die Frage nach ihrer Zweckmäßigkeit außer Betracht bleibt. Das Erfordernis der Rechtsgültigkeit geht hiernach also weiter als das der bloßen Rechtsverbindlichkeit und deshalb ist durch § 110 eine Bresche in das staatsrechtliche Prinzip derjenigen Bundesstaaten gelegt, nach dem, wie z. B. in Preußen, auch eine rechtsungültige Verordnung, wenn sie nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Form bekannt gemacht ist, als rechtsverbindlich befolgt werden muß; denn auch der preußische Richter kann die Aufforderung zum Ungehorsam gegen eine zwar rechtsverbindliche, aber rechtsungültige Verordnung nicht bestrafen. So: Binding Lb. 2 849, Hälschner 2 797, Johw HH. 3 104, H. Meyer S. 658 N. 5, Frank N. 1 1, Rubo N. 11. AM.: Schütze S. 263 N. 12, Oppenh.-O. N. 3, Rüd.-St. N. 4.

Wg. des Einflusses eines Irrtums (§ 59 N. 2 Ia) über die Rechtsgültigkeit eines Gesetzes, insbs. der Pr. V. üb. das Versammlungs- u. Vereinigungsr. v. 11. März 1850, vgl. RG. II 6. Nov. 03 E. 36 417, mit dem Arndt Recht 8 348 zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung übereinstimmt.

18) Wenn weiter mit Strafe bedroht ist die Aufforderg. zum Ungehorsam gegen „von der Obrigkeit .... getroffenen Anordnungen" (N. 16c), so sind unter „obrigkeitlichen Anordnungen", mögen sie auch sonst (vgl. §§ 131 N. 9b, 367[2]) nicht in einen Gegensatz zu „Gesetz und Verordnungen" gestellt sein, hier, wie der Gegensatz zu den vorher bezeichneten Akten der Gesetzgebungsgewalt ergibt, lediglich solche Akte zu verstehen, die einerseits nicht von der Gesetzgebungsgewalt ausgehen, andererseits nicht Rechtssätze aufstellen, d. h. weder formell noch materiell Gesetz sind (N. 17); so im wesentlichen Hälschner 2 798 (Verfügungen der Behörden, die nicht einen verbindlichen Rechtssatz aufstellen, sondern nach Maßgabe von Gesetz u. Verordnung anordnen, was geschehen solle); vgl. auch Binding Lb. 2 850; aM. jedoch RG. I 9. Okt. 84 N. 6 605, die obrigkeitl. Anordnungen

Digitized by Google

schlössen sich den neben ihnen genannten Gesetzen und Verordnungen als *Grundlagen der Rechtsordnung* an, während andererseits II 29. Mai 83 E. 8 321 (gebilligt von Klöppel RPreßr. S. 406) zutreffend anerkennt, daß es nach der beregten Gegenüberstellung bei den obrigkeitl. Anordnungen nicht um Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt, sondern um Betätigungen der Staatsgewalt nach anderer Richtung hin sich handele.

19) Im *einzelnen* ist btr. der *obrigkeitlichen Anordnungen* hervorzuheben:

a) Unter „*Obrigkeit*" i. S. des § 110 ist nur ein solches *staatliches* Organ (Binding Lb. 2 381) zu verstehen, das die Regierungsgewalt in gewissem Umfange selbständig auszuüben hat; bloße *polizeiliche Vollzugsorgane* sind demnach keine Obrigkeiten; so: RG. I 9. Okt. 84 R. 6 605, III 4. Dez. 90 E. 21 192, Frank N. 1 2; aM. Binding Lb. 2 851. *Welche* Behörden und Beamte (§ 114 N. 1) hiernach als Obrigkeiten i. S. des § 110 anzusehen sind, bestimmt sich nach den maßgebenden Reichs- und Landesgesetzen; vgl. RG. II 7. Juni 89 E. 19 308 btr. der Frage, welche Anordnungen eines PrGemeindevorstehers in kommunalen Wegebausachen als obrigkeitliche anzusehen seien.

b) Aus dem Begriffe der obrigkeitl. Anordnungen scheiden nicht nur nach dem zu a Bemerkten die Amtshandlgen bloßer Vollzugsorgane aus, sondern überhaupt alle konkreten Amtshandlgen, bei denen es lediglich um den *Vollzug* eines obrigkeitl. Auftrages sich handelt, mag er selbst von einem Organ ausgehen, das an sich auch obrigkeitliche Funktionen hat; so das zit. RG. R. 6 605. Hieraus ergibt sich, daß den von § 110 ins Auge gefaßten „obrigkeitl. Anordnungen" begrifflich eine weitergehende Bedeutung beiwohnen muß, als sie einer vereinzelten Exekutivmaßregel i. S. des § 113 beiwohnt; sie dürfen nicht eine auf *einen* Fall o. *ein* Moment beschränkte, sondern müssen eine das *allgemeine* Verhalten regelnde behördliche Maßnahme darstellen. So: RG. II 29. Mai 83 E. 8 321, zit. E. 21 192 (s. o.; abweichend noch III 15. März 84 E. 10 296), Dresden 4. Dez. 71, St. I 267, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 11, Klöppel RPreßr. S. 407. AM. einerseits: v. Liszt S. 565, Frank N. 1 2 u. Rubo N. 10, die unter Anordnungen lediglich Spezialbestimmungen verstehen, andererseits: Binding Lb. 2 850 (vgl. jedoch auch S. 853), Geyer 2 135, Hälschner 2 798, John HH. 3 108 u. H. Meyer S. 658, nach denen „Anordnungen" sowohl *allgemeine* Bedeutung haben, als auch auf den *konkreten* Fall und das Verhalten einer *bestimmten* Person sich beziehen können; so auch noch das zit. RG. R. 6 605, jedoch bereits mit Hinneigung zu der oben vertretenen Ansicht.

20) Nur die „von der Obrigkeit *innerhalb ihrer Zuständigkeit* getroffenen Anordnungen" kommen in Betracht, d. h. nur die, zu denen sie auf Grund der Reichs- bzw. Landesgesetze *örtlich* und im *allgemeinen* (abstrakt) sachlich berufen ist; vgl. RG. I 9. Okt. 84 R. 6 605.

Verschieden von der Frage nach der Zuständigkeit zu der Anordnung ist die nach den *Voraussetzungen*, der *Form* und dem *Inhalte* der Anordnung, die stets eine rechtliche, häufig daneben auch eine praktisch-politische Seite hat. Zwischen dem Entw., der nach der Erklärung des Bundeskommissars Friedberg „zunächst den Gehorsam gegen jede obrigkeitliche Anordnung erzwingen" wollte (StB. S. 391), und dem Antrage Fries, der nur die Aufforderung zur Widersetzlichkeit „gegen gesetzlich gerechtfertigte Anordnungen und zwar der zuständigen Obrigkeit" bestrafen wollte, hält der demnächst zum Gesetz erhobene Planckſche Antrag die Mitte, wie es vom Antragsteller beabsichtigt wurde (StB. S. 390). Wenn dieser später bei der Beratung des § 113 (Entw. II § 111) den Begriff der Zuständigkeit in einer von obiger Darstellung abweichenden Weise erläuterte, wobei unklarerweise das Vorliegen *gewisser* gesetzlicher Voraussetzungen (Bedingungen) in ihn hineingezogen wurde, so fällt das um so weniger ins Gewicht, als zu § 113 demnächst in dritter Beratung der in zweiter Beratung angenommene Planckſche Antrag beseitigt und dort — den Planckſchen Ausführungen sachlich entsprechend — der *zuständigen* Amtshdlg. die *rechtmäßige* substituiert wurde (N. 1). In diesem Vorgange liegt eine Bestätigung der Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht.

21) Lediglich die Aufforderg. zum Ungehorsam „gegen *die* von der Obrigkeit getroffenen Anordnungen" ist strafbar, d. h. gegen *bestimmte*, erkennbar bezeichnete und bereits er-

Digitized by Google

lassene Anordnungen, also nicht gegen Anordnungen ganz im allgemeinen bzw. gegen in Aussicht stehende Anordnungen; Dresden 5. Feb. 72 St. 1 345, Frank N. 1 letzt. Abs.

Dementsprechend ist auch Voraussetzung, daß die „Gesetze und Anordnungen", denen Ungehorsam geleistet werden soll, näher bezeichnet werden; jedoch genügt es für die Annahme einer Aufforderung i. S. des § 110, wenn in ihr das btr. Gesetz in einer Weise erkennbar gemacht ist, daß verstanden wird, welchem Ges. Ungehorsam entgegengesetzt werden soll; RG. IV 12. Jan. 04 G. 51 178. Die ganz allgemein gehaltene Aufforderg., „den Gesetzen nicht zu gehorchen", fällt aber nicht unter § 110, sowenig wie die Aufforderg., „strafbare — nicht näher bezeichnete — Hdlgen zu begehen", unter § 111 (das. N. 4b). So: Schütze S. 263 N. 14, v. Schwarze N. 13; vgl. auch RG. III 16. Juni 84 N. 6 433.

Hinreichend zur Bestrafung ist aber die Aufforderg. zum Ungehorsam gegen eine Reihe von Gesetzen, wenn nur dadurch eine ausreichende Bezeichnung und Individualisierung derjenigen Gesetze, denen Ungehorsam entgegengesetzt werden soll, erfolgt, wie z. B. bei der Aufforderg. „zum passiven Widerstand gegen die PrKirchengesetze"; Berlin 4. Mai 76 G. 24 513.

22) Gleichgültig ist, ob die obrigkeitl. Anordnung eine gesetzlich erzwingbare ist, wenn nur die gesetzliche Pflicht des Folgeleistens besteht; RG. I 30. Sept. 80 E. 2 281 (vgl. § 113 N. 19 f), Geyer 2 135, Hälschner 2 799.

23) Der Vorsatz des Auffordernden muß dahin gehen, daß der Aufgeforderte den Ungehorsam gegen das Gesetz an den Tag lege (§ 49a N. 6_1); der Auffordernde muß den Willen eines anderen bestimmen wollen; so: München 14. März 74 G. 22 282, Binding Lb. 2 853 f.; vgl. jedoch Klöppel RPreßr. S. 400. Demnach ist auf seiten des Täters das Bewußtsein erforderlich, daß sein Handeln geeignet sei, in dem anderen den Willen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen hervorzurufen; während es einer auf den Ungehorsam hinzielenden Absicht nicht bedarf; RG. I 15. Jan., IV 27. Okt. 91, E. 21 304, 22 185, IV 28. Jan., III 22. Dez. 02, G. 49 124, 50 122, Frank N. II, Rüb.-St. N. 12, Klöppel RPreßr. S. 400. Übrigens genügt in der bezeichneten Richtung eventueller Dolus; zit. RG. G. 49 124. Aus obigem folgt, daß die Verbreitung einer Aufforderg. nicht ohne weiteres selbst eine gleiche Aufforderg. in sich schließt; RG. II, III 5. Okt. 82 E. 7 113, Binding Lb. 2 854 N. 2, Hälschner 2 799.

Steht eine Aufforderg. zum Ungehorsam gegen obrigkeitl. Anordnungen in Frage, so muß der Täter auch in dem Bewußtsein gehandelt haben, daß sie von der Obrigkeit „innerhalb ihrer Zuständigkeit" (N. 20) erlassen worden seien; jedoch genügt auch in dieser Beziehung Eventualdolus. So: Berlin 31. Okt. 78 O. 19 498, Binding Lb. 2 854, v. Liszt S. 566, Frank N. IV, Rosenberg ZStrW. 23 224. AM.: RG. II 10. Feb. 85 E. 12 6 (es handele sich hier nicht um ein „Tatbestandsmerkmal", dem gegenüber § 59 in Betracht kommen könne, sondern um einen objektiven Strafausschließungsgrund; zu gunsten dieser Ansicht griffen alle Erwägungen Platz, die für die Auffassung des Erfordernisses der „rechtmäßigen Amtsausübung" im § 113 — das. N. 28 — maßgebend gewesen seien), Rüb.-St. N. 12.

24) Die Natur der Aufforderg. läßt eine Anstiftung (§ 48 N. 23) zu; Binding Grundr. S. 144.

25) Wegen des Verhältnisses zum § 111 vgl. das. N. 9c.

26) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 2 J. (§ 16); vgl. wegen einer Strafe über 1 J. § 111 N. 11. Jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß $§ 28_3$ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

27) Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_3$ in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 111.

Wer auf die vorbezeichnete Weise zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert, ist gleich dem Anstifter zu bestrafen, wenn die Aufforderung die strafbare Handlung oder einen strafbaren Versuch derselben zur Folge gehabt hat.

Digitized by Google

Ist die Aufforderung ohne Erfolg geblieben, so tritt Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder Gefängnißstrafe bis zu Einem Jahre ein. Die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.

PrStGB. § 36. Entw. I § 42, II § 109. StB. S. 423 ff.
Vgl. PressG. § 23³.

1) Der Tatbestand des § 111 ist an den des § 110 angelehnt; sein Tatbestand ist gleichfalls eine Aufforderg. und zwar „auf die vorbezeichnete Weise", d. h. auf die des § 110. Es sind deshalb wegen des Begriffs der Aufforderg. sowie ihrer Art und Weis die N. 3—15 das. zu vergleichen.

2a) Die Aufforderg. muß im Falle des § 111 inhaltlich auf „Begehung einer strafbaren Handlung" gerichtet sein. Man hat als Inhalt der Aufforderg. die Begehung einer solchen Hdlg. bezeichnet, die „durch ein Gesetz oder eine rechtsgültige Verordnung bei Strafe verboten sei" (Binding Lb. 2 855, John HH. 3 109, H. Meyer S. 658). Allein der Umstand, daß im § 110 auf RTbeschluß das Wort „rechtsgültige" eingeschaltet wurde, berechtigt nicht dazu, den, gegenüber dem Entw. unverändert angenommenen, § 111 in dieser beschränkenden Weise auszulegen, so daß die Aufforderg. zur Begehung einer zwar durch rechtsverbindliche, aber rechtsungültige Verordnung (§ 110 N. 17b) mit Strafe bedrohten Hdlg. nicht aus § 111 strafbar sei. Diese Auslegung ist namentl. deshalb unrichtig, weil § 111 im Vergleich mit § 110 nicht einen engeren, sondern einen andersartigen Tatbestand enthält (N. 9c).

b) Wenn es auch um ein vorsätzl. Delikt sich handelt, so braucht der Täter doch das Bewußtsein von der Strafbarkeit der Hdlg., zu der er auffordert, nicht zu haben, sowenig ein solches vom Anstifter (§ 48 N. 14₂) erfordert wird; so: Binding Lb. 2 856, Frank N. III; aM. Oppenh.-D. N. 7a und die früheren Aufl. des Komm., unter unzutreffender Bezugnahme auf RG. II 8. Nov. 95 E. 27 406, bei denen die Unkenntnis erlassener milit. Befehle in Frage stand.

3) Unter „strafbarer Handlung" ist hier, wie in anderen Stellen des StGB. (vgl. z. B. §§ 154, 164, 190, 191, 214, 259, 346, 357), eine Hdlg. gleichartiger Strafbarkeit zu verstehen, als wie sie im StGB. selbst behandelt werden, also eine kriminell strafb. Hdlg. (RG. IV 7. März 99 E. 32 77, Binding Lb. 2 855, Hälschner 2 799, Oppenh.-D. N. 3), die auf Grund des StGB., des MStGB. oder der Reichs- u. Landes-Strafnebengesetze im strafgerichtlichen Verfahren, gleichgültig ob vor den ordentlichen Strafgerichten oder vor Sondergerichten, verfolgbar ist; vgl. jedoch RG. I 30. Apr. 85 E. 12 161 „alle nach § 3 EGzStPO. u. § 152₂ StPO. gerichtl. verfolgbaren Hdlgen". Danach fallen Aufforderg zur Begehung von Hdlgen, die nur Disziplinarstrafen (EG. § 5 N. 6) oder mit den Ordnungsstrafen der Prozeßordnungen (StPO. §§ 50, 77; MStGO. §§ 186, 213; ZPO. §§ 380, 619₃), des PersonenstdsG. (§ 68₃), BGB. (§§ 1788, 1837), HGB. (§§ 14, 37, 319, 325⁹), FreiwGG. (§§ 132 f., 140) o. des G. btr. d. Flaggenrecht d. Kauffahrteischiffe v. 22. Juni 1899 (§ 15) bedroht sind, nicht unter § 111; Hälschner aO., v. Liszt S. 566, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 3.

Eine Beschränkung der Wirksamkeit des § 111 auf Hdlgen, die das Strafrecht des D. Reichs (§ 3 N. 17) für strafbar erklärt, ist weder in dem Wortlaut des Gesetzes angedeutet, noch aus seinem Sinne und Zusammenhange zu entnehmen; die nach Landesrecht strafb. Hdlgen kommen ebensogut in Betracht; RG. zit. E. 12 161, I 20. Juni 92 E. 23 172, Berlin 17. Feb. 76 O. 17 118, Binding aO., Hälschner, v. Liszt, Oppenh.-D. aO.

Dagegen fällt nach dem N. 1 zum Abschn. 6 Bemerkten nur die Aufforderg. zur Begehung einer nach inländischen Gesetzen strafb. Hdlg. unter § 111; die Anwendung des § 111 zum Schutze ausländischer Strafandrohungen würde geradezu ad absurdum führen; Binding aO. Eine Aufforderung zur Begehung einer Hdlg. im Auslande kann deshalb nur dann unter § 111 fallen, wenn diese trotz der Begehung im Auslande dennoch nach inländischem Gesetze strafbar ist.

Digitized by Google

4) Im übrigen kommen strafb. Hdlgen jeglicher Art in Betracht, auch solche, deren Tatbestand in einer „Aufforderung" besteht, da eine Aufforderung zur Aufforderung wohl denkbar ist (N. 7); RG. I 20. Juni 92 E. 23 172.

a) Es macht deshalb keinen Unterschied, ob es um eine strafb. Verbots- oder Gebotsverletzung (§ 1 N. 3) sich handelt; so fällt unter § 111 z. B. auch die Aufforderg., der polizeil. Anordnung betr. die Anbringung von Ofenklappen nicht nachzukommen; RG. II 19. Apr. 81 E. 4 106.

b) Für den Tatbestand ist es ferner unerheblich, ob zur Begehung eines V., V. oder einer Übertr. (§ 1) aufgefordert wird; deshalb scheint auf den ersten Blick die Annahme berechtigt, daß hier — sowenig wie im § 106 (das. N. 3) — die Feststellung erforderlich sei zu welcher strafb. Hdlg. aufgefordert werde; allein daß diese Auffassung nicht der Absicht des Gesetzes entspricht, ergibt sich sprachlich aus den Worten „wenn die Aufforderg. die strafb. Hdlg. zur Folge gehabt hat" (Goltd. Mat. 1 336, München 14. März 74 G. 22 282) sowie ferner daraus, daß die Strafandrohung des Abs. 1 an die Strafsanktion für diejenige strafb. Hdlg., zu der aufgefordert ist, sich anlehnt und auch die des Abs. 2 wenigstens auf sie Bezug nimmt; es muß somit notwendig die Aufforderung die Begehung einer strafb. Hdlg. betreffen, die — wenn sie auch nicht nach Zeit u. Ort bestimmt zu sein braucht — doch insoweit individualisiert ist, daß ihr strafrechtl. Charakter erkannt werden kann; es würde deshalb z. B. eine an eine Menschenmenge gerichtete Aufforderg., „strafb. Hdlgen behufs Erlangung eines Unterkommens im Gefängnisse zu begehen", nicht unter § 111 fallen. So: RG. II 6. Nov. 03 E. 36 417 (422), Hälschner 2 799, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 5, Oetker GS. 64 123.

5) Während § 110 nicht unterscheidet, ob die Aufforderg. den Ungehorsam zur Folge gehabt habe oder nicht, legt § 111 auf den eingetretenen Erfolg entscheidendes Gewicht, indem dieser nach Abs. 1 im Vergleich mit Abs. 2 (N. 11_1) einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet; aM. Oetker GS. 64 164. Wie im § 224 mit dem Ausdrucke „zur Folge haben" die Kausalität zwischen der Hdlg. und der eingetretenen Verletzung bezeichnet wird, so bezeichnet er auch im § 111 — wo er auf dem Umwege des PrStGB. § 36 als eine Übersetzung des „être suivie d'un effet" im Code pénal art. 102 erscheint — den vollen ursächlichen Zusammenhang (und nicht etwa ein Minderes) zwischen der Aufforderg. und der Begehung der strafb. Hdlg. Wegen der Schwierigkeit des Beweises der Kausalität zwischen der Aufforderg. und der Tat suchte man bei der Redaktion des PrStGB. § 36 nach einer anderen Fassung, allein vergeblich (Goltd. Mat. 1 337); da die Fassung im RStGB. beibehalten ist, so wird auch das Resultat dasselbe sein und deshalb Abs. 1 des § 111 außer Anwendung bleiben müssen, wenn der ursächliche Zusammenhang nicht erwiesen ist; München 14. März 74 G. 22 282, Finger G. 50 48. Dagegen erscheint es gleichgültig, ob der ursächliche Zusammenhang ein unmittelbarer o. nur ein mittelbarer ist; Schütze S. 273 N. 45, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 2, Rubo N. 4.

Wie die bereits in der N. 4 b hervorgehobenen Gesetzesworte klar ersichtlich machen, findet Abs. 1 nur Anwendung, wenn eben diejenige strafb. Hdlg. die Folge der Aufforderg. war, auf welche diese sich richtete. So: Binding Lb. 2 855, v. Schwarze N. 3. AM. John HH. 3 110.

6) Angesichts des N. 5 gewonnenen Ergebnisses und der § 110 N. 3 gegebenen Begriffsbestimmung der „Aufforderung" taucht die Frage auf, worin — abgesehen von der Spezialisierung des Mittels — der Unterschied zwischen dem Tatbestande des Abs. 1 und der Anstiftung (§ 48) zu der betreffenden strafb. Hdlg. liege. Das Gesetz scheint einen solchen anzunehmen, nicht nur, weil es überhaupt die Bestimmung des Abs. 1 aufgenommen hat, sondern auch deshalb, weil es Bestrafung „gleich dem Anstifter" vorschreibt. Die Motive zum Entw. II geben einen weiteren Aufschluß nicht, dagegen setzen die des Entw. I § 42, im Anschluß an die Motive zum Entw. des PrStGB. von 1850 (Goltd. Mat. 1 335), den Unterschied darin, daß die Anstiftg. einen bestimmten Täter im Auge habe, die Aufforderg. dagegen nicht; in gleicher Weise wurde der Unterschied in der Verhandlung des RT. vom Abg. v. Puttkamer (Fraustadt) aufgefaßt; StB. S. 424. Die GM., insbs. RG. II 21. Dez.

Digitized by Google

80 E. 3 145, steht auf demselben Standpunkt; abweichend Finger 1 351 N. 451, der Unterschied von der auf eine durch individuelle Merkmale charakterisierte Tat gerichteten Anstiftg. bestehe darin, daß hier, wie in den §§ 85, 357, die Aufforderung zur Begehung eines Genus von Verbr. unter Strafe gestellt sei. Allein da in Wahrheit der Begriff der Anstiftg. gar nicht bedingt, daß der Anstifter an eine oder mehrere individuell bestimmte Personen sich richte (§ 48 N. 8), so kommt man mit dem Abg. v. Schwarze (StB. S. 424) zu dem Resultat, daß Abs. 1, als durch die Bestimmung des Allgem. Teils über Anstiftg. gedeckt, sachlich entbehrlich und nur — redaktionell — „um des Übergangs willen zu der Bestimmung im Alinea 2" zweckmäßig sei; Geyer 2 135 f. u. HH. 4 151, Hälschner 2 800, Lucas S. 110, Löwenheim Vorsatz des Anstifters S. 60 N. 1; vgl. aber Binding Lb. 2 855 — unter Modifikation von Hb. 1 590 N. 7 — soweit der Aufgeforderte deliktsfähig sei, liege Anstiftg., sonst Alleintäterschaft vor.

Enthält aber auch nach Obigem der Tatbestand des § 111 in Wahrheit nur „eine Anstiftg. mittels öffentlicher Aufforderg.", so muß dennoch wegen der Spezialisierung des Mittels im § 111 die erforderliche Feststellung nach diesem, als der spezielleren Bestimmung, und nicht nach § 48 erfolgen; so auch Oetker GS. 64 164.

7) Anstiftung — an sich mit der Natur der Aufforderg. verträglich (§ 110 N. 3) — ist auch bei dem Verg. aus Abs. 1 nicht ausgeschlossen (RG. I 20. Juni 92 E. 23 172), u. würde dies selbst dann nicht sein, wenn man das Verg. als Anstiftg. (N. 6) ansieht; ein gleiches gilt von der Beihilfe (§§ 48 N. 23, 49 N. 22 b α); Binding Grundr. S. 144, Hälschner 2 800, John HH. 3 111, Schütze S. 273 N. 46, Oppenh.-D. N. 11, Voigt G. 28 237.

Was die Möglichkeit der Teilnahmehdlgen zu dem Verg. des Abs. 2 betrifft, so tritt das Bedenken, daß hier ausnahmsweise die Beih. einer erfolglos versuchten Anstiftg. zu bestrafen sein würde, vor der Erwägung zurück, daß die erfolglose Anstiftg. selbst eben ausnahmsweise mit Strafe bedroht ist.

8) Werden infolge der Aufforderg. mehrere strafb. Hdlgen — selbst seitens mehrerer Personen — begangen, so liegt dennoch nur Ein Verg. aus § 111 vor (§ 73 N. 19); so auch RG. II 21. Dez. 80 E. 3 145 (btr. erfolgreiche Aufforderg. eines Wirtes an mehrere Gäste z. Übertr. aus § 365$_1$), weil § 111 keinen Fall der Anstiftg. bilde (N. 6), sondern eine selbständige Straftat im Auge habe, die mit der Aufforderg. vollendet sei, während der strafb. Erfolg nur als gesetzlicher Straferhöhungsgrund in Betracht komme, ferner Oppenh.-D. N. 4a; aM. Binding Hb. 1 587 N. 49, Geyer 2 136 u. Hälschner 2 801, die für die Aufforderg. die gleiche Ansicht wie für die Anstiftg. vertreten.

9) Das Verhältnis des § 111 kommt namentl. in Betracht:

a) zum § 49a; vgl. das. N. 19;

b) zum § 85; dieser schließt als der speziellere den § 111 aus, indem beide nur dadurch voneinander sich unterscheiden, daß nach § 111 die Aufforderg. zu jeder strafb. Hdlg., nach § 85 (das. N. 1) nur die zu einer aus § 82 strafb. Hdlg. in Betracht kommt; Schütze S. 273 N. 45, Frank N. IV;

c) zum § 110; mehrfach wird Ausschluß des § 110 durch den spezielleren Tatbestand des § 111 angenommen; so insbs.: RG. II 19. Apr. 81, 29. Mai 83, E. 4 106, 8 321, I 14. Feb. 98 G. 46 129 (welches die u. zitt. RG. E. 10 296, 21 355 in Einklang stehend erachtet), Binding Lb. 2 853, Geyer 2 136, Merkel S. 389, H. Meyer S. 659. Allein es handelt sich nicht um zwei Strafgesetze mit einem weiteren und einem engeren, sondern mit zwei wesentlich verschiedenen Tatbeständen, indem die Aufforderg. im Falle des § 110 (das. N. 16) gegen die unpersönlichen Grundlagen der Rechtsordnung sich richtet, während im Falle des § 111 die Aufforderg. zu einer konkreten strafb. Hdlg. keineswegs ohne weiteres deshalb als Ungehorsam gegen die Gesetze rc. sich qualifiziert, weil die Strafbarkeit der btr. Hdlg. auf diesen beruht; RG. III 15. März 84, 2. Feb. 91, E. 10 296, 21 355, Hälschner 2 797, v. Liszt S. 566, Frank N. 1, Rüb.-St. § 110 N. 14. Da es aber immerhin denkbar ist, daß der Tatbestand des § 110 den des § 111 in einem konkreten Falle einschließt, wenn die fraglichen Gesetze, denen ungehorsam zu sein generell aufgefordert wird, zugleich Strafandrohun-

Digitized by Google

gen gegen den Ungehorsam enthalten (so zit. RG. E. 10 296), so ist die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) gegeben; Hälschner, v. Liszt aO.;

d) zur PrV. über das Vereinsrecht v. 11. März 1850 § 17; vgl. RG. I 20. Juni 92 E. 23 172.

10) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1 die des Anstifters; sein Tatbestand entbehrt somit, wie bei seiner N. 6 entwickelten Natur selbstverständlich, einer speziellen Strafandrohung und charakterisiert sich je nach der Qualifikation der strafb. Hdlg., zu der aufgefordert ist, als V., V. oder Übertr. (vgl. § 48 N. 27—33); vgl. z. B. das oben N. 8 zit. RG. E. 3 145, das eine Geldstr. von höchstens 15 M. anwendbar erachtete. Durch diese Reproduktion einer Bestimmung des Allg. Teils im Bes. Teile ergibt sich die Ausnahme, daß eine Übertr. im StGB. außerhalb des Abschn. 29 mit Strafe bedroht ist; § 1 N. 9, 13. Folgeweise läßt sich auch eine allgemeine Bemerkung über die Verjährung der Strafverfolgung sowie über die Zuständigkeit nicht machen.

11) Abs. 2 enthält für den Fall, daß die Aufforderg. „ohne Erfolg" geblieben, d. h. es nicht wie i. F. des Abs. 1 (N. 5) zur Begehung der strafb. Hdlg. o. eines strafb. Versuchs gekommen ist (Binding Lb. 2 856) zunächst im Satz 1, der sonstigen Technik des StGB. entsprechend, eine allgemeine Strafandrohung, die, soweit die Gefängnisstr. in Betracht kommt, im Höchstbetrage bedeutend milder ist als die des § 110, trotzdem die Aufforderg. zur „Begehung einer strafbaren Hdlg." strafwürdiger erscheint als die zum — straflosen — Ungehorsam gegen Gesetze 2c. Es erklärt dieses, wie der Abg. Bürgers (StB. S. 425) richtig bemerkte, sich daraus, daß die Strafsatzung des § 110 auch den schwereren Fall betrifft, wo die Aufforderg. den Ungehorsam zur Folge gehabt hat; daraus folgert Binding Lb. 2 854 zu weit gehend, daß i. F. des § 110 die Aufforderg. ohne ausgelösten Ungeh. nicht mit Gf. über 1 J. bestraft werden dürfe, während John HH. 3 100 f., Oppenh.-D. § 110 N. 14, u. auch wohl Schütze S. 264 N. 15, dies zutreffend nur als Sache einer gerechten Strafzumessung ansehen.

Die Strafe ist nach Satz 1 des Abs. 2 wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

12) Die Strafandrohung des Abs. 2 wird aber durch den — auf der preußischen Gesetzgebung vor dem PrStGB. beruhenden (Motive zu Entw. I § 42) — Zusatz im Satze 2, daß die Strafe „der Art oder dem Maße nach keine schwerere sein dürfe, als die auf die Handlung selbst angedrohte" zu einer ganz eigentümlichen, wie sie dem StGB. sonst nur noch im $§ 257_1$ bekannt ist. Die nach allen Richtungen auf Schwierigkeiten stoßende Charakterisierung dieser Eigentümlichkeit wird dahin zu geben sein, daß Abs. 2 in Wahrheit verschiedene Strafandrohungen enthält und zwar eine ausdrückliche, daneben aber andere, welche aus einer Kombination jener Strafandrohung und der „auf die Hdlg. selbst" gesetzten Strafandrohung besteht und zur Anwendung zu bringen ist, wenn die aus der Strafsanktion des Abs. 2 zu bemessende Strafe „der Art oder dem Maße nach eine schwerere sein würde als die auf die Hdlg. selbst angedrohte". Die zu kombinierenden Strafrahmen fallen, je nach der Strafandrohung auf die Hdlg. selbst, höchst verschieden aus; so würde er z. B., wenn die letztere lediglich mit „Geldstr. von 50—500 M." bedroht ist, auf „Geldstr. bis zu 500 M." lauten, oder wenn die Hdlg. selbst mit „Haft bis zu 6 Wochen" — also mit einer Freiheitsstr., die jedenfalls milder ist, als Gefängnis (E. I Absch. 1 N. 6, § 21 N. 3) — bedroht ist, auf „Geldstr. bis zu 600 M. oder Haft bis zu 6 Wochen", wobei jedoch die Umwandlung der Geldstr. nur in Haft würde erfolgen dürfen und zwar nach $§ 29_2$ bis zum Höchstbetrage von sechs Wochen. Über verschiedene an den Charakter der Strafandrohung sich anknüpfende Streitfragen vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl.

Als Folge der oben entwickelten Ansicht ergibt sich, daß Abs. 2 sowohl Vergehen — und zwar mit verschiedenen Strafandrohungen — als auch Übertretungen (N. 10) enthält

Digitized by Google

(sonst würde die von Erfolg begleitete Aufforderg. zu einer Übertr. eine Übertr., die erfolglose Aufforderg. aber ein Verg. darstellen!)

Die Strafverfolgung verjährt im Falle der Anwendung des Satzes 2 des Abs. 2 nach § 67$_{2, 3}$ in fünf oder in drei Jahren oder in drei Monaten, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 längstens aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk. (mit oder ohne Überweisungsbefugnis an SchöffenG.) oder SchöffenG.

§. 112.

Wer eine Person des Soldatenstandes, es sei des Deutschen Heeres oder der Kaiserlichen Marine, auffordert oder anreizt, dem Befehle des Oberen nicht Gehorsam zu leisten, wer insbesondere eine Person, welche zum Beurlaubtenstande gehört, auffordert oder anreizt, der Einberufung zum Dienste nicht zu folgen, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 88. Entw. I § 93, II § 110. StB. S. 426 f.

1) Der § 112 enthält je zwei im übrigen gleiche Mischtatbestände, die nur dadurch voneinander sich unterscheiden, daß die Tätigkeit in dem einen Falle im „Auffordern" (§ 110 N. 3), in dem anderen im „Anreizen" besteht. Eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) ist zulässig; Wertheimer Mischgesetze S. 31.

Das „Anreizen" (§§ 130, 210) ist begrifflich so gut ein vorsätzliches Handeln wie das Auffordern, so daß der im § 210 gebrauchte Ausdruck „absichtlich anreizen" pleonastisch erscheint; RG. III 10. Nov. 80 E. 2 431, I 24. Okt. 81 N. 3 632 (beide btr. § 130), Hälschner 2 504 N. 2, Rubo N. 4; auch RG. II 8. Jan. 84 E. 9 417 (btr. § 130) geht davon aus, daß jedes Anreizen „vorsätzlich" sein müsse, stellt dem aber das „absichtliche Anreizen" (als ein in bestimmter Absicht geschehendes) gegenüber. In gleicher Weise ferner wie bei diesem (§ 110 N. 23) geht auch beim Anreizen der Vorsatz auf die Veranlassung einer anderen Person zu einem Tun oder Lassen. Auch die Anreizung muß, wie das Auffordern (§ 110 N. 4a), zur Kenntnis des anderen gekommen sein, was RG. II, III 21. Okt. 81 E. 5 60 wenigstens für den Tatbestand des § 112, mit Rücksicht auf die spezielle Bezeichnung des anderen (N. 2), anerkennt. Endlich stimmen beide Begriffe auch darin überein, daß sie einen Erfolg nicht erfordern (§ 110 N. 4b); so die zitt. RG. E. 2 431, R. 3 632.

Der Unterschied zwischen „Auffordern" und „Anreizen" besteht darin, daß bei letzterem die Veranlassung der anderen Person indirekt durch eine Einwirkung auf deren Sinne und Leidenschaften herbeizuführen versucht wird (vgl. z. B. die Anreizung zum Zweikampf „durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung" im § 210), während das Auffordern auf eine direkte, für den anderen erkennbare, Beeinflussung ausgeht (§ 110 N. 3); so: Hälschner 2 802, Merkel S. 389, Frank N. II u. N. zu § 210, Oppenh.-D. N. 2; aM. John HH. 3 168, Anreizen sei ein „verstärktes Auffordern, ein Aufstacheln".

2) Während die §§ 110, 111 eine Person, an die die Aufforderung sich richtet, nicht bezeichnen, benennt § 112 ausdrücklich „eine Person des Soldatenstandes, es sei des D. Heeres oder der Kaiserlichen Marine" bzw. „insbesondere eine Person, welche zum Beurlaubtenstande gehört", als die Person, an welche die Aufforderg. oder die Anreizung sich zu richten hat. Es ergibt sich daraus von vornherein, daß eine ganz allgemein an Militärpersonen gerichtete Aufforderg. zum Tatbestande des § 112 nicht genügt, daß vielmehr die Aufforderg., wenn auch nicht an individuell bezeichnete, so doch an erkennbar bestimmte Personen des Soldatenstandes gerichtet sein muß; RG. I 8. Jan. 80 N. 1 201, Binding Lb. 2 860, Hälschner 2 802.

3) Die „zum D. Heere oder zur Kaiserlichen Marine" gehörenden Personen des Soldatenstandes gibt das dem MStGB. beigefügte Verzeichnis unter A. an. Zu beachten ist aber, daß nach dem WehrG. § 3 das „Heer" bzw. die „Marine" in das stehende Heer und die Landwehr bzw. die Flotte und die Seewehr eingeteilt wird, woraus sich

Digitized by Google

ergibt, daß zu den „Personen des Soldatenstandes" die in dem Verzeichnisse unter A. aufgeführten Personen nicht bloß, sofern sie zum aktiven Heere („unter der Fahne") bzw. zur aktiven Marine gehören, zu rechnen, sondern auch, sofern sie Personen des Beurlaubtenstandes (§ 10 N. 2c, d) sind; RG. II 9. Juni 82 N. 4 553, I 15. Dez. 94 E. 26 314 (beide btr. § 141). Deshalb gehören insbs. auch die vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten (§ 10 N. 2b) zu den Personen des Soldatenstandes i. S. des § 112; RG. II 8. Nov. 95 E. 27 406, das aber zu Unrecht einen Irrtum über die Eigenschaft des Aufgeforderten als Person des Soldatenstandes für einflußlos erklärt, während er, da er auf dem Gebiete des Staatsrechts sich bewegt, nach § 59_1 (das. N. 2) beachtlich ist; richtig: Binding Lb. 2 860, Frank N. 1.

Wenn § 112 an den in seiner ersten Hälfte behandelten Mischtatbestand in der zweiten Hälfte einen spezielleren Mischtatbestand mit den Worten „wer insbesondere eine Person, welche zum Beurlaubtenstande gehört, auffordert 2c." anschließt, so ist das insofern nicht korrekt, als trotz der obigen Ausführung nicht alle Personen des Beurlaubtenstandes Personen des Soldatenstandes sind; denn nach § 56 des RMG. gehören auch die „Beamten" der Reserve und Landwehr zum Beurlaubtenstande, während nach Lit. B. des erwähnten Verzeichnisses die Militärbeamten keine Personen des Soldatenstandes sind. Trotz dieser Inkorrektheit erscheint es aber nicht angängig, den Ausdruck „Personen des Beurlaubtenstandes" auch von anderen als Personen des Soldatenstandes zu verstehen; das Besondere muß dem vorangestellten Begriffe sich einfügen und darf nicht darüber hinausgehen; Binding Lb. 2 859 N. 2, anders die früheren Aufl. des Kom.

4) Die Aufforderung 2c. geht inhaltlich dahin, „dem Befehle des Oberen nicht Gehorsam zu leisten". Der „Befehl des Oberen" — gleichgültig, ob ein „Befehl in Dienstsachen" (MStGB. § 47) oder ein bloßer „Dienstbefehl" (MStGB. § 58^7) RG. II 8. Nov. 95 E. 27 406 — muß demnach auf eine bestimmte Hdlg. oder Unterlassg. gelautet haben (wie das Gesetz insbs. „die Einberufung zum Dienste" erwähnt), so daß der Ungehorsam gegen den Befehl als „aktuelle Verweigerung des Gehorsams, als positive Auflehnung gegen den Oberen" hervortreten muß (vgl. MStGB. §§ 99 ff.); RG. III 24. Juni 82 N. 4 616. Die Aufforderung, einem zu erwartenden bestimmten Befehle nicht Folge zu leisten, erfüllt, falls der Befehl demnächst ergeht, den Tatbestand, da die Frage hier anders liegt, als im Falle des § 110 (das. N. 17); Binding Lb. 2 859 (es liege ein bedingtes Verbr. vor), Frank N. III. Mit Recht bemerkt Rüd.-St. N. 5, daß aus diesem Gesichtspunkte jedenfalls auch die Aufforderung, einer zu erwartenden Einberufung zum Dienst nicht zu folgen, strafbar sein würde, wenn man selbst Dresden 5. Feb. 72 St. 1 345 zustimmen wollte, daß der Schlußsatz des §. eine bereits erfolgte Einberufung zum Dienste voraussetze; übrigens liegt dazu keine ausreichende Veranlassung vor; was vom „Befehle des Oberen" im allg. gilt, trifft auch für diesen Sonderfall zu.

5) Wegen der Möglichkeit von Teilnahmehdlgen vgl. §§ 110 N. 24, 111 N. 7.

6) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 113.

Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urtheilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes thätlich angreift, wird mit Gefängniß von vierzehn Tagen bis zu zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark ein.

Digitized by Google

Dieselben Strafvorschriften treten ein, wenn die Handlung gegen Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren, oder gegen Mannschaften der bewaffneten Macht, oder gegen Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes begangen wird.

PrStGB. § 89. Entw. I § 94, II § 111. StB. S. 428—431, 1168 f. Entw. d. StGN. Art. I § 113. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 647—656, 1325 f.

Vgl. § 115 sowie: MStGO. §§ 16³, 63¹, BraustG. v. 31. Mai 1872 § 36², TabaksteuerG. v. 16. Juli 1879 § 41², G. v. 21. Nov. 1888 zur Ausführung des internat. Vertr. zum Schutze der unterseeischen Telegraphenkabel v. 14. März 1884 § 3, BranntweinsteuerG. i. d. F. v. 16. Juni 1895 § 27², ZuckersteuerG. v. 27. Mai 1896 § 53², SchaumweinsteuerG. v. 9. Mai 1902 § 19 Abs. 2 b.

Amtsausübung 5,
Rechtmäßigkeit ders. 12 ff.,
Bewußtsein davon 28,
Exzeß (Überschreitg.) 18.
Angriff 20 b, tätlicher 25.
Anordnungen d. Verwaltgsbh. 6 b.
Aufnahme einer Personalbeschreibung 19 e β.
Bedrohung mit Gewalt 22, 23 b.
Befehle d. Verwltgsbhden 6 b.
Berufung z. Vollstreckg. 4.
Beschlagnahme 19 a.
Betreten fremder Grundst. 19 b.
Bürgerwehr 10.
Dolus 27 ff., eventueller 27₂, 28₂.
Durchsuchungen 19 c.
Eindringen in fr. Wohnungen 19 d.
Entreißen eines Ggstds. 26.
Ermessen d. Beamten 14, 15 c.
Erschwerung d. Amtshdlg. 21.
Exzeß d. d. Amtsausübg. 18.
Exekutivbeamte s. Vollstreckgsb.
Festnahme v. Personen 19 e α.
Feuerwehr, freiwillige 10₂.
Formvorschriften 15 b, 15 b.
fortgesetzte Hdlg. 20 b.
Gemeindewehr 10.
Gendarm 9, 15 a.
Gesetz 6 a.
Gefesselung v. Personen 19 f.
Gewalt 22, 23 a.
Glaube, guter, d. Beamten 16, d. Widerstbden 28, 29 a.
Idealkonk. 20 b.
„In d. Amtsausübg." 20.
Körperverletzung 30.
Macht, bewaffnete 9.
Mannschaften, d. bewaff. M. 9, einer Gemeinde- etc. Wehr 10.
Nachteile 19 g.
Notwehr 29.
Personen z. Unterstützung zugezogen 8, 11.
Pfändung 19 h.
Pflichtmäßigkt. auf seiten d. Beamten 14, 15 c.
Rechtmäßigkt. d. Amtsausübg. 12.
Sachliche Hindernisse 23 a.
Schutzwehr 10.
Staatsgewalt, Widerstd. gg. d. . . . 1.
Strafe 31.
Tätlicher Angriff 25.
Überschreitg. d. Amtsausübg. 18.
Ungehorsam 22.
Unterstützung eines Beamten etc. 8, 11.
Urteile d. Gerichte 6 c.
Verfügungen der Gerichte 6 c.
Verhältnis zu anderen §§.: 30.
Verhinderung d. Amtshdlg. 21.
Verjährung 32.
vis absoluta, compulsiva 23 a.
Vollstreckung 3₂.
Vollstreckungsbeamte 1, 4, ausl. 1, drei Kategorien 6, Kasuistik 7.
„Während d. Amtsausübg." 20.
Widerstand 20 a, aktiver u. passiver 22, 24, Erfolg 21.
Zuständigkeit d. Beamten 15 a, 15 a, gerichtliche 32.
Zuziehung v. Personen 8, 11.
Zwangsvollstreckung 19 i.

1) § 113, wegen dessen Entstehungsgeschichte § 110 N. 1 zu vergleichen, handelt vom Widerstande und Angriffe gegen sog. Exekutivbeamte, und zwar lediglich gegen inländische (T. II Abschn. 6 N. 1); aM. speziell btr. § 113 Pfeiffer Zur Interpretation des § 113 (Diss. Marburg 1895).

Indem der Staat durch die Strafsanktion dieses §. seinen Beamten einen ihrer dienstlichen Stellung entsprechenden besonderen Schutz verleiht, schützt er damit gleichzeitig sich selbst und es kann der dem Beamten geleistete Widerstd. insofern — gemäß der Überschrift dieses Abschn. — auch als ein Widerstd. gegen die Staatsgewalt bezeichnet werden (Laband Staatsr. I 464), wenn man sich auch hüten muß, wie Bolze G. 23 391 mit Recht hervorhebt, daraus weitergehende Konsequenzen zu ziehen, sei es für die Auslegung des Begriffs der „Rechtsmäßigkeit" der Amtsausübung (N. 12, 15 a), sei es der Zulässigkeit der Notwehr (N. 29 a). Weil aber durch § 113 die Staatsgewalt in der Exekutive geschützt wird, diese aber nur durch physische Personen bewirkt werden kann, so ist im § 113 als das Objekt, an dem der Widerstand bzw. Angriff sich verkörpert, die Person des Vollstreckungsbeamten bezeichnet und nicht etwa daneben, wie im § 114, auch noch der Behörde gedacht; Goltd. Mat. 2 126

Personen, gegen welche der Widerstand sich richtet. N. 2—11.

2) Die Personen, gegen die der Widerstd. bzw. der Angriff unmittelbar sich richtet, sind einerseits die im Abs. 1 näher bezeichneten Beamten (N. 3—7), sodann die diesen im Abs. 3 in der hier fraglichen Beziehung gleichgestellten Personen (N. 8—11). Bezüglich dieser Personen erscheint eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig; Wertheimer Mischgesetze S. 31, 33.

Digitized by Google

3) Als „Beamte" (§ 359), die zur Vollstreckung berufen sind, erscheinen die Beamten, welche die Exekutivgewalt des Staats direkt zur Anwendung bringen, den Vollstreckungsakt selbst ausüben; RG. I 10. März 84 N. 6 178 (die Kommissarien einer Generalkommission seien deshalb nach dem PrG. v. 2. Apr. 1872 keine Vollstrcksbeamte).

„Vollstreckung" (vgl. auch „Zwangsvollstreckung" im § 288) ist begrifflich eine nötigenfalls zwangsweise durchzuführende Verwirklichung einer durch ein zuständiges staatliches Organ festgestellten und kundgegebenen Maßregel; so: RG. I 24. Juni 86 E. 14 259, Berner S. 389, Binding Lb. 2 761 f., Schütze S. 265, Oppenh.-D. N. 4, v. Streit Widersetzung S. 61; aM. Berlin 22. Juni 75 O. 16 473, das Moment des Zwanges verneinend. Daß es von vornherein um Durchführung des Staatswillens gegen bestimmte Personen sich handeln müsse, wird von Binding aO. sowie John u. Meves, HH. 3 166 N. 2, 4 315 (die übrigens das Moment des Zwanges nicht genügend berücksichtigen), mit Recht bestritten; denn es unterliegt z. B. ein gerichtliches lediglich, auf Einziehung lautendes, gegen eine bestimmte Person nicht erlassenes Urteil (§§ 42, 152) gleichfalls der Vollstreckung; so auch das zit. RG. E. 14 259, die Vollstreckung richte sich gegen eine Person oder Sache; aM. v. Streit aO. S. 62.

4) Ein zur „Vollstreckung (vgl. § 129 „Vollziehung") von Gesetzen 2c. berufener Beamter" braucht nicht notwendig ein sog. Exekutivbeamter in dem Sinne zu sein, daß ihm ausschließlich oder wesentlich nur Vollstreckungshdlgen obliegen; erforderlich ist nur, daß er in dem konkreten Falle, wo ihm Widerstand geleistet wurde, durch sein Amt zur Vollstreckung von Gesetzen 2c. berufen (RG. I 24. Juni 86, III 17. Jan. 87, 14. Nov. 95, E. 14 259, 15 227, 28 19, Berner S. 389, Binding Lb. 2 760, Hälschner 2 804, John HH. 3 116 N. 2, H. Meyer S. 648, v. Schwarze N. 4, Neumann S. 22 218), sowie daß er auf Grund dieser Berufung in der Amtsausübung begriffen war (RG. III 5. Juli 00 E. 47 381), wenn diese auch zur Zeit keineswegs als eine Zwangsvollstreckung sich charakterisiert, wie z B. Ausübung des Nachtwachtdienstes durch Patrouillieren auf der Straße (Stuttgart 3. Dez. 73 St. 3 170, John HH. 3 127, Oppenh.-D. N. 8).

5) Kennzeichnet die Hdlg. des Beamten sich überhaupt nicht als eine „Amtsausübung", sondern als eine im privatrechtlichen Interesse vorgenommene, so kann von Anwendung des § 113 selbst dann keine Rede sein, wenn die Hdlg. immerhin durch die Berufstätigkeit veranlaßt war; RG. II 27. Jan. 80, 24. Apr. 83, R. 1 279, 5 278, IV 27. Nov. 96 E. 29 200, München 20. Apr. 74 St. 3 292, Berlin 9. Okt. 74 O. 15 647. Anders liegt es nur, wenn es um einen vom Vorgesetzten einem Unterbeamten amtlich erteilten Auftrag sich handelt, der in Wahrheit keine Amtssache betraf, dieses jedoch dem Unterbeamten unbekannt blieb; denn alsdann handelt der Unterbeamte trotzdem amtlich; Berlin 8. Dez. 76 St 7 41 (amtlich aufgetragene Zustellung eines verschlossenen, eine Privatangelegenheit btr. Briefs).

6) Von den im Gesetze bezeichneten drei Beamtenkategorien unterscheidet die erste — diejenige der zur Vollstreckung von „Gesetzen" berufenen Beamten — sich prinzipiell von den beiden anderen, den zur Vollstreckung von „Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden" oder von „Urteilen und Verfügungen der Gerichte" berufenen Beamten; denn jene handeln unmittelbar auf Grund des Gesetzes zu seiner Vollstreckung, diese nur auf Grund von speziellen oder generellen „Befehlen und Anordnungen" der Verwaltungsbehörden bzw. von „Urteilen und Verfügungen der Gerichte", und, lediglich insofern diese dem Gesetze entsprechen, sind sie mittelbar zu dessen Vollstreckung berufen; vgl. gegen diese Abgrenzung v. Streit Widersetzung S. 64. Die beiden letzteren Kategorien unterscheiden wiederum sich dadurch, daß die ersteren auf Befehl oder Anordnung von Verwaltungsbehörden handeln, die letzteren dagegen zur Vollstreckung von gerichtlichen Urteilen und Verfügungen, wobei sie ihre Befugnis unter Umständen entweder von den Gerichten selbst oder von Privatpersonen ableiten; letzteres bildet nach der ZPO. (vgl. § 753) für die im Zivilprozesse vorkommenden Vollstreckungen die Regel.

a) „Gesetz" ist dabei i. w. S. als Akt der Gesetzgebungsgewalt (§ 110 N. 17) aufzu-

Digitized by Google

fassen, so daß die mit Gesetzeskraft oder auf Grund von Gesetzen zu deren Ausführung erlassenen Verordnungen mit darunter fallen; Hälschner 2 804.

b) „Anordnungen der Verwaltungsbehörden" bezeichnen dagegen solche von diesen ausgehende, auf eine Ausführung abzielende, Akte, welche nicht auf eine delegierte Gesetzgebungsgewalt zurückzuführen sind (§ 110 N. 18); unter „Befehlen" im besonderen werden die in kategorischer Form gegebenen Anordnungen zu verstehen sein.

c) Der Ausdruck „Urteile und Verfügungen der Gerichte" wird nur insofern einer Erläuterung bedürfen, als unter „Gerichten" die gerichtlichen Behörden i. w. S., einschließlich der StAschaften, zu verstehen sind, wie der Gegensatz zu den vorher genannten „Verwaltungsbehörden" beweist; es würden anderenfalls die Beamten, die zur Vollstreckung einer von der StAschaft in ihrer Eigenschaft als Justizverwaltungsbehörde erlassenen Verfügung — also z. B. eines nach StPO. § 127$_2$ erlassenen Befehls zur vorläufigen Festnahme — berufen sind, des besonderen Schutzes des § 113 entbehren; aM Binding Lb. 2 763 N. 3.

Übrigens fallen unter „Gerichte" nicht bloß die auf dem GVG. selbst beruhenden, sondern namentl. auch die durch § 14 das. zugelassenen besonderen Gerichte z. B. Gewerbegerichte; Berlin 1. Juni 72 O. 13 332 sowie die Militärgerichte.

7) Im speziellen sind als Beamte berufen:

a. zur Vollstreckung von Gesetzen:

1. Gemeindebeamte, insbs. die Bürgermeister in den sechs östlichen Provinzen des Pr. Staats; RG. II 26. Nov. 80 R. 2 575; ferner Gemeindenachtwächter; Berlin 19. Sept. 72 O. 13 466 (aber nicht bloße Privatnachtwächter; Berlin 11. Sept. 74 O. 15 554);

2. die dem Amtsvorsteher untergeordneten Amtsdiener im Geltungsbereiche der Pr. KreisO. als poliz. Exekutivbeamte; RG. II 29. Apr. 02 E. 35 210;

b. zur Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden:

1. die Beamten vom Staate genehmigter, staatliche Zwecke verfolgender, Korporationen — besonders eines solchen Bezirksarmenvereins; Dresden 23. Jan. 71 St. 1 49;

2. Gemeindebeamte, auch wenn deren Dienstleistung auf ein zwischen der Gemeinde und den Gemeindemitgliedern bestehendes privatrechtl. Verhältnis sich bezieht, das aus einer gemeinnützigen städtischen Anstalt hervorgegangen ist; Berlin 2. März 77 St. 7 42;

3. in Bayern die öffentl. angestellten Volksschullehrer, u. zwar hinsichtlich ihrer ganzen Amtstätigkeit; RG. I 22. Jan. 94 E. 25 89 (vgl. dagegen wg. der anders liegenden Verhältnisse im Königr. Sachsen RG. III 14. Nov. 95 E. 28 19 btr. der Stellung der Direktoren der Fortbildungsschulen);

c. zur Vollstreckung von Urteilen und Verfügungen der Gerichte:

1. die auf Grund des GVG. § 155 damit durch die Landesjustizverwaltung beauftragten Personen (Gerichtsvollzieher);

2. die auf Grund des § 153 das. zu Hilfsbeamten der StAschaft bestellten Beamten des Polizei- u. Sicherheitsdienstes oder auch andere ersuchte Beamte der bezeichneten Kategorie;

3. die Richter selbst, insofern sie eine „Vollstreckung" vorzunehmen haben (vgl. Berlin 14. März 79 O. 20 143), was — wenn auch nur ausnahmsweise — sowohl im Zivilprozeßverfahren (Abnahme des Offenbarungseides; ZPO. VIII 4) als auch im Strafprozeßverfahren (Erteilung des Verweises; vgl. § 57 N. 16) denkbar ist. In der Praxis des RG. ist Vornahme einer Vollstreckung seitens eines Richters bejaht bei von ihm selbst vorgenommener Vollstreckung einer in Ausübung der Sitzungspolizei getroffenen Verfügung, insbs. Verhaftung wegen Ungebühr (III 17. Jan. 87 E. 15 227), dagegen verneint bei Vernehmung eines Zeugen in einer Strafsache auf Ersuchen der StAschaft seitens eines Amtsrichters nebst Gerichtsschreibers (I 24. Juni 86 E. 14 259).

8) Bei den „Personen, welche zur Unterstützung eines Vollstreckungsbeamten zugezogen waren" (Abs. 3), ist die „Zuziehung" so wesentlich, daß der von selbst zur Unterstützung des Beamten sich Einmengende den Schutz des § 113 nicht genießt (Berlin 10. Juli 72 O. 13 402, Binding Lb. 2 782, Hälschner 2 804), ebensowenig aber wer,

Digitized by Google

ohne daß er dadurch nach § 359 Beamter wird, selbständig zur Vollstreckung eines Gesetzes 2c. im Einzelfalle berufen wurde; Berlin 7. Mai 75 O. 16 356 (btr. einen Transporteur), Hälschner aO., John HH. 3 116, Oppenh.-D. N. 45, Rüb.-St. N. 19, v. Schwarze N. 21.

Daß der Zugezogene stets in der unmittelbaren Nähe des Beamten tätig sei, ist nicht erforderlich, während andererseits seine Tätigkeit auch nicht zu einer unabhängigen sich entwickeln darf, da er „zur Unterstützung" des, auf die eigene Vornahme eines Aktes der Vollstreckung ausgehenden Beamten handeln muß; es ist dies Sache tatsächlicher Beurteilung; RG. IV 23. März 99 E. 32 246, Binding aO., Oppenh.-D. N. 45, v. Schwarze N. 23.

Wer die Zuziehung vorgenommen haben muß, sagt das Gesetz nicht; befugt dazu erscheint nicht nur der Beamte selbst, sondern namentl. auch dessen vorgesetzte Behörde, deren Auftrag zu vollstrecken war (Oppenh.-D. N. 46, Rüb.-St. N. 19), sowie ferner die Polizeibehörde (Schütze S. 265, Meves N. 10), ja sogar auch die zugezogene Person selbst, da diese durch die Zuziehung zum Gehilfen des Beamten geworden ist (so: Binding aO., v. Streit Widersetzung S. 114; aM. Hälschner 2 804). Über die Zuziehung selbst entscheidet das pflichtmäßige Ermessen desjenigen, der die Zuziehung vornimmt; RG. I 10. Juli 93 E. 25 253. Die Zuziehung ist nicht nur in Fällen denkbar, wo die Hilfeleistung eine gesetzliche Verpflichtung ist (§ 360 10), sondern auch da, wo die Hilfe abgelehnt werden konnte.

In Berücksichtigung dessen können übrigens die Hinzugezogenen beliebige Personen sein, so Beamte, die zu der Vollstreckungshdlg. an sich nicht berufen sind, aber auch Privatpersonen; zit. RG. E. 25 253 (es könne deshalb auch im Falle des § 105_2 StPO. der Vollstreckungsbeamte außer den dort bezeichneten Personen noch andere hinzuziehen).

Über die Zeit, zu der die Zuziehung geschehen sein muß, sagt das Gesetz gleichfalls nichts; es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, daß die Zuziehung auch schon vor der Widerstandleistung o. vor dem Angriff stattgefunden haben kann.

9) Die „bewaffnete Macht" besteht nach WehrG. § 2 aus dem Heere und der Marine (§ 10 N. 2c, d) einerseits, aus dem Landsturm (G. btr. Änderungen der Wehrpfl. v. 11. Feb. 1888 § 24) andererseits; „Mannschaften (vgl. dagegen §§ 196, 333 „Mitglieder") der bewaffneten Macht" sind aber, wie aus MStGB. § 12 zu entnehmen, nur die Personen des Soldatenstandes, nicht die Militärbeamten, im übrigen aber (vgl. das dem MStGB. beigefügte Verzeichnis A) nicht etwa nur die Gemeinen, sondern auch die Offiziere 2c. Ebenso kraft ausdehnender Auslegung Pfeiffer Zur Interpretation des § 113 S. 28.

In Preußen rechnen die Landgendarmen zur „bewaffneten Macht"; denn, obschon sie nicht zum DHeere gehören (§ 10 N. 2), so sind sie doch nach Beil. A z. StGBfd. PrHeer v. 3. Apr. 1845 „Personen des Soldatenstandes" und unterstehen als solche nach EGzMStGB. § 2 i. V. mit § 4 des zit. StGB. wg. aller strafb. Hdlgen dem MStGB. (vgl. auch EGzMStGO. § 2_3); so: Berlin OTr. 5. Juli 72, 10. Jan. 78, St. 2 39, O. 19 16, Herbst G. 23 92 ff., Hecker Militärstrafr. S. 33, G. 31 95 N. 31 u. Abhdlgen S. 94; aM. Berlin OAG. 4. Okt. 73 St. 3 76. Das schließt aber andererseits nicht aus, daß die PrLandgendarmen unter den allg. Begriff des „Beamten" i. S. des § 359 (das. N. 1) fallen.

10) „Die Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr" sind, wie der Ausdruck „Wehr" sowie ferner der Umstand, daß auch hier von deren „Mannschaften" gesprochen wird, andeutet, Mitglieder von Organisationen mit einer Disziplin, die an die in den Heeren oder auf Schiffen herrschende streift, und zwar zum Schutze öffentlicher Interessen, errichtet mit Genehmigung obrigkeitlicher Behörden; letzteres beides folgt aus der Aufnahme der den Schutz dieser Mannschaften bezweckenden Bestimmung in den Abschn. 6 bzw. speziell in den § 113. Der Umstand aber, daß sie aus dem PrStGB. § 89_3 herübergenommen ist, dieser aber wiederum mit der früheren Fassung des Art. 105^3 der PrVerfassungsurk. v. 31. Jan. 1850 im engsten Zusammenhange steht, deutet darauf hin, daß hier nur an Gemeinde- 2c Wehren zur „Aufrechterhaltung der Ordnung" zu denken ist. Vgl. auch PrB. über Befugnisse der Bürgerwehr v. 19. Apr. 1848, woselbst den behufs „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit" gebildeten Bürgerwehren die Befugnisse der bewaffneten Macht beigelegt werden.

Digitized by Google

Hiernach sind sog. freiwillige Feuerwehren als solche nicht gemeint, da sie nicht zur Aufrechterhaltung der Ordnung, die auch bei Feuersbrünsten der Polizei obliegt, sondern zur Bekämpfung des Feuers dienen; so: Binding Lb. 2 783, Frank N. IV 2; aM. Dresden 19. Jan. 77 St. 7 261.

11) Daß auch diejenigen Personen, die seitens der in N. 9 u. 10 bezeichneten Mannschaften zu ihrer Unterstützung zugezogen werden (N. 9), den Schutz des § 113 genießen, ist nicht zweifelhaft; denn jene sind den „Vollstreckungsbeamten" gleichgestellt und deshalb, wie diese, zur Zuziehung dritter Personen zu ihrer Unterstützung befugt; vgl. auch das N. 8 zit. RG. 25 253.

Rechtmäßige Amtsausübung. N. 12—19.

12) Abs. 1 handelt vom Widerstand bzw. Angriff gegen einen Vollstreckungsbeamten „in" bzw. „während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes". Aus der Geschichte der Einschaltung des hervorgehobenen Wortes (§ 110 N. 1) geht hervor, daß mit ihr an die Hdlg. des Beamten eine Anforderung gestellt wird, die wenigstens in gewisser Hinsicht von derjenigen der Zuständigkeit des Beamten abweicht; denn wären beide Ausdrucksweisen gleichbedeutend gewesen, so würde es näher gelegen haben, die in der zweiten Beratung durch Annahme der beiden Planckschen Anträge bewirkte Übereinstimmung der Fassung in den §§ 110 u. 113 festzuhalten, als mit Rücksicht auf VStG. § 161 im § 113 einen abweichenden Ausdruck zu substituieren. Zweifellos geht auch, da die Rechtmäßigkeit einer Amtshdlg. außer von der Zuständigkeit des Beamten noch von anderen Momenten abhängt, das Erfordernis der Rechtmäßigkeit weiter. Für die Beurteilung aber, wie weit dieses Erfordernis geht, ist der N. 7 hervorgehobene prinzipielle Unterschied von erheblicher Bedeutung, wie die in den folgenden Noten dargelegten allgemeinen Gesichtspunkte ergeben. Im einzelnen kann die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ausübung nur auf Grundlage des für den Fall maßgebenden Reichs- o. Landesrechtes erfolgen; Binding Hb. 1 741 u. Lb. 2 767; vgl. deshalb namentl. N. 19.

13) Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung erfordert bei allen drei der im § 113 bezeichneten Beamtenkategorien (N. 6) gleichmäßig:

a) Die Zuständigkeit des Beamten, d. h. daß er sachlich und örtlich zu der btr. Amtsausübung berufen sei (§ 110 N. 20); Binding Hb. 1 741 u. Lb. 2 767 (auch „zeitlich"), Hälschner 2 808, 810. Demgemäß verneinte RG. II 24. Okt. 84 E. 11 175 die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung eines PrGendarmen wegen seiner sachlichen Unzuständigkeit zur Anordnung einer Beschlagnahme bzw. Ausführung derselben aus eigener Entschließung gemäß StPO. §§ 94 ff. (während RG. I 1. Dez. 92 E. 23 334 mit Recht verneint, daß dem Richter in den Fällen der StPO. §§ 98, 105 eine Nachprüfung hinsichtl. des Erfordernisses der „Gefahr im Verzuge" zustehe). Für die Beurteilung der sachlichen Zuständgkt. erscheint es dabei gleichgültig, ob die Anstellung des Beamten unter Vernachlässigung der für sie maßgebenden Vorschriften erfolgt ist; denn da er einmal durch die Anstellung Beamter geworden ist (§ 359), so ist er auch zuständig zu allen innerhalb der Grenzen des ihm verliehenen Amtes vorgenommenen Hdlgen; RG. I 3. Juni 80 E. 2 82, Hälschner 2 808. Btr. der örtlichen Zuständgkt. ist hervorzuheben, daß ein Beamter ausnahmsweise befugt sein kann, auch außerhalb seines Amtssprengels Amtshdlgen vorzunehmen; solche Ausnahmen können entweder unmittelbar aus dem Gesetze folgen (vgl. z. B. GVG. § 167, auch § 159 mit Rücksicht auf Ersuchen höherer Gerichte), oder aus der Natur der Sache sich ergeben, so namentl. bei Ausübung des Schutzes eines unterstellten Revieres außerhalb der Grenzen desselben (vgl. § 117 N. 9 sowie RG. IV 13. Feb. 94 E. 25 112 btr. der örtl. Zuständigkt. Pr. Fischereiaufseher). Liegt die Ausnahme vor, so ist die örtl. Zuständgkt. auch bei einer außerhalb des Amtssprengels vorgenommenen Hdlg. zu bejahen; Binding Hb. 1 741 N. 37. Wegen der Zuständgkt. eines nur ausführenden Exekutivbeamten im speziellen vgl. N. 15a.

b) Die Beobachtung der für die Vornahme einer Vollstreckungshdlg. durch die maßgebenden Vorschriften erforderten wesentlichen Voraussetzungen und Förmlichkeiten; von der Befolgung bloß instruktioneller (reglementärer) Vorschriften, die für die Rechtsgültigkeit der Amtshdlg. bedeutungslos sind, hängt dagegen deren Rechtmäßigkeit

Digitized by Google

nicht ab. So: RG. I 8. Jan. 80, 20. Sept. 86, 15. Juni 85, 6. Feb. 88, R. 1 202, 8 546, E. 12 261, 17 122, II 27. Jan. 80, 2. Jan. 83, E 1 165, 7 370, Berlin 1. Dez. 71, St. 1 99, 2., 23. Jan., 2. Apr., 14. Okt. 73, 17. Nov. 75, 13. Juli 76, 4. Apr., 11. Sept. 78, 25. Apr. 79, O. 14 13, 19, 248, 627, 16 736, 17 514, 19 198, 400, 20 228, Binding Hb. 1 741 u. Lb. 2 774, Hälschner 2 809 f., Oppenh.-D. N. 10, 11, 15, Meves G. 35 55 (vgl. jedoch auch HH. 4 308, 311 u. Kommentar N. 4), Rüd.-St. N. 7. Unrichtig ist es freilich, wenn das zit. RG. E. 7 370 (vgl. übrigens auch das zit. RG. E. 12 261) anscheinend darauf entscheidendes Gewicht legt, daß die btr. Vorschrift durch „Gesetz (nicht durch Instruktion)" getroffen sei. Auch ein Gesetz enthält häufig nur reglementäre Vorschriften (das verkennen auch Neumann G. 22 219 u. Hiller Rechtmßgkt. S. 52) und umgekehrt können in einer durch Gesetz vorbehaltenen Instruktion für die Rechtsgültigkeit der Amtshdlg. wesentliche Bestimmungen getroffen sein; so das zit. RG. E. 17 122. Die Entscheidung über die Bedeutung einer Vorschrift kann auch nicht entnommen werden aus deren materiellem Inhalte, indem die gleiche vorgeschriebene Form, z. B. die Zuziehung von Zeugen zur Vollstreckungshdlg., in einem Falle Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der Amtshdlg. sein kann, in einem anderen dagegen nicht; maßgebend ist vielmehr immer nur der Wille der btr. Vorschrift selbst, wobei sogar der Gebrauch des imperativen „muß", wenn er auch an sich auf die Wesentlichkeit der Anordnung hinweist, doch nicht absolut entscheidend ist; so das zit. RG. E. 17 122. Übrigens gibt auch eine rechtsungültige Verordnung (§ 110 N. 17b) eine Norm für die Amtsausübung ab, falls sie für den Beamten rechtsverbindlich ist; so: Hälschner 2 808, Bolze G. 23 391; aM. Binding Lb. 2 767.

14) Die Rechtmäßigkt. der Amtsausübung eines unmittelbar zur „Vollstreckung von Gesetzen" (N. 6a) selbständig und aus eigener Initiative berufenen Beamten erfordert speziell, daß die Amtshdlg. pflichtmäßig erfolge, d. h. daß in Fällen, in denen ihre Rechtsgültigkeit nicht sowohl von dem tatsächlichen Vorliegen gewisser Voraussetzungen (N. 13b) abhängig gemacht ist, als vielmehr von ihrer Annahme seitens des Beamten, dieser zu der Annahme auf Grund pflichtmäßigen Ermessens gelangt sei; so: RG. IV 12. Dez. 84 R. 6 807 (btr. vorläufige Festnahme auf Grund der StPO. §§ 127, 112), I 30. Juni 94 E. 26 22 (btr. Versagung zollfreien Einlasses von Gegenständen seitens eines Zolleinnehmers trotz Offensichtlichkt. des Vorliegens ausnahmsweiser Zollfreiheit), III 28. Okt. 95 E. 28 1 (btr. die gemäß BZG. § 129 auf der Stelle vorzunehmenden Zollrevisionen), Binding Hb. 1 742, Geyer 2 138, v. Liszt S. 555, Bolze G. 23 394, Freund ArchÖffR. 1 131.

Pflichtwidrig erscheint aber eine materiell unrichtige Amtsausübung nur dann, wenn das unrichtige Vorgehen auf Vorsatz oder bei schuldhaftem Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte; so: zit. RG. E. 26 22, Berlin 28. Nov. 74 St. 4 278, Hälschner 2 809, Meves HH. 4 308, Bolze G. 23 394.

Im übrigen hängt die Rechtmäßigkeit einer Amtsausübung von deren innerer (materieller) Richtigkeit nicht ab; ein trotz pflichtmäßiger Erwägung unterlaufender Irrtum über für die Vornahme der Amtshdlg. erforderliche tatsächliche Voraussetzungen kommt in jener Hinsicht nicht in Betracht. So im allg. RG. II 23. Juni 82 E. 6 400, IV 17. Jan. 88 R. 10 40, ferner: Binding Hb. 1 742 u. Lb. 2 769, Hälschner, v. Liszt aO., Meves N. 4_2, Oppenh.-D. N. 12. So auch in Spezialfällen die Praxis, insbs.: RG. II 24. Mai 84 R. 6 366 (btr. Durchsuchung seitens eines Gemeindevorstehers bei irrtüml. Verneinung der Möglichkeit der Zuziehung von Zeugen; StPO. § 105_2), IV 23. Juni 93 E. 24 217 (btr. Haussuchung seitens eines Grenzaufsehers bei irrtüml. Annahme eines stattgefundenen Schmuggels; BZG. § 126), Berlin 15. Jan. 73, 9. Feb. 76, St. 2 154, 6 180 (btr. zwangsweise Durchführung einer bei Blatternerkrankungen vorgeschriebenen Desinfektion bei Irrtum über den Krankheitscharakter, bzw. btr. Beschlagnahme irrtümlich für gestohlen gehaltenen Holzes), Dresden 12. März 77 St. 7 260 (btr. vorläufige Festnahme seitens eines Gendarmen bei tatsächl. Irrtum über deren Notwendigkeit).

15) Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung eines zur „Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte" berufenen Beamten erfordert:

Digitized by Google

a) Zuständigkeit (im allg. s. N. 13a). Die sachliche Zuständigkt. speziell ist für einen solchen Beamten zu verneinen, wenn er einen seinem amtlichen Berufe fremden Auftrag ausführt, wozu namentl. auch ein auf Vornahme einer verbotenen oder gar strafb. Hdlg. gerichteter gehören würde (vgl. jedoch § 52 N. 12b). So: RG. II 5. Dez. 79, 27. Nov. 94, E. 1 26, 26 291 (btr. Vornahme einer Haussuchung durch einen Amtsdiener zufolge Auftrages des Amtsvorstehers nach PrG. v. 12. Feb. 1850; bzw. gewaltsame Einsetzung eines Ortsarmen in eine seitens der Gemeinde gemietete Wohnung durch den Gemeindediener behufs Durchführung des privatr. Mietsanspruchs), Berlin 27. Sept. 71, 20. März 72, St. 1 170, 2 30, Hälschner 2 810, Rüd.-St. N. 4, Bolze G. 23 393. Im übrigen ist die Zuständigkeit des lediglich kraft Anordnung 2c. eines Vorgesetzten handelnden Exekutivbeamten nur dadurch bedingt, daß ihm der Auftrag seitens eines dazu sachlich und örtlich zuständigen Vorgesetzten und zwar unter Beobachtung der dafür vorgeschriebenen wesentlichen Form (N. 13b; Berlin 22. Feb. 78 O. 19 97) erteilt ist. Eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des seitens der anordnenden Stelle erlassenen Befehls liegt dem ausführenden Vollstreckungsbeamten nicht ob; die Vollziehung eines zwar unrechtmäßig, aber innerhalb der Zuständigkeit erlassenen Befehls des Vorgesetzten ist deshalb nicht selbst unrechtmäßig, denn es kommt nur darauf an, daß der Vollstreckungsbeamte bei seinem Vorgehen sein Amt rechtmäßig ausübt; das tut er aber, wenn er lediglich einen innerhalb seines Geschäftskreises liegenden, ihm ordnungsmäßig seitens der sachlich und örtlich zu dem Auftrage zuständigen vorgesetzten Behörde erteilten, Vollstreckungsauftrag ausführt. Wo der Beamte den ihm gewordenen Befehl zu befolgen gehalten ist, wo er deshalb berechtigt erscheint, die wenn auch rechtswidrige Anordnung zur Ausführung zu bringen, da darf seiner Person wegen Mangels der Rechtsmäßigkeit der Anordnung Widerstand niemals entgegengesetzt werden. So insbs. RG I 1. Nov. 80 E. 2 411, auch Berlin 19. Jan. 72, 7. März 73, 23. Sept., 28. Nov. 74, 6. Feb. 78, St. 1 219, 2 267, 4 277, 278, 8 106 (der erteilte Befehl müsse innerhalb des Kreises der Befugnisse der btr. Behörde gelegen haben), ferner: Hälschner 2 810 f., Meves N. 4_1 u. HH. 4 309, Rüd.-St. N. 8, auch Bolze G. 23 392, 394 (Prüfung der allgemeinen Grenzen der Amtsbefugnisse der auftragenden Behörde), Freund ArchÖffR. 1 133, auch Hiller Rechtmßgkt. S. 81 f., der jedoch für Anordnungen der Verwaltungsbehörden konkrete Zustdgkt. verlangt. AM.: Dresden 7. Sept. 74 St. 5 27, Binding Lb. 2 771 f., Geyer 2 138, John HH. 3 119, 122, H. Meyer S. 649, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 13, Rubo N. 5, Neumann G. 22 225, v. Kirchenheim GS. 30 195, die Gesetzmäßigkeit der Anordnung selbst verlangen.

Die oben vertretene Ansicht hat in speziellen Fällen der Praxis vielfach Anerkennung gefunden, so namentl. in der des RG.; vgl. zit. E. 2 411, III 7. Mai 85 N. 7 280 (beide btr. Arretierung seitens eines unteren Polizeibeamten auf. Befehls des amtl. Vorgesetzten), II 23. Nov. 80 N. 2 559 (btr. Schließung eines nächtlichen Gewerbebetriebes seitens eines Schutzmannes auf. Befehles des Polizeipräsidii), I 1. Mai 82 N. 4 418 (btr. Zwangsvollstreckung eines Gerichtsvollziehers auf. einer vom Gerichtsschreiber erteilten Vollstreckungsklausel), IV 28. Jan. 87 G. 35 55 (btr. die auf Anordnung des Gemeindevorstehers erfolgende Beihilfe eines Polizeidieners zur Wegnahme eines Kindes aus der bisherigen Pflege seitens eines Vormundes); ferner: Berlin KG. 30. Sept. 80 Jahrb. 1 231 (btr. zwangsweise Gestellung einer unter sittenpol. Kontrole stehenden Person seitens eines Schutzmannes auf. Auftrages des vorgesetzten Wachtmeisters), OAr. 27. Sept. 71, 20. März 72, 7. März 73, 13. Juli, 23. Sept. 74, 26. Mai 75, 8. Dez. 76, 6. Feb. 78, St. 1 170, 2 30, 267, 4 120, 277, 5 29, 7 41, 8 106.

b) Beobachtung der wesentlichen Formvorschriften (N. 13b). Hat der untergebene Vollstreckungsbeamte lediglich den Befehl seines Vorgesetzten auszuführen, so sind damit die Erfordernisse erfüllt, anders dagegen, wenn die Ausführung des Vollstreckungsbefehles noch das Ermessen des Exekutivbeamten in gewissem Umfange bedingt, wie z. B. bei Vornahme von Zwangsvollstreckungen. Hier ist insoweit ferner erforderlich:

c) Pflichtmäßigkeit des Handelns. Die Ausführungen über diese im Falle der N. 14 gelten hier entsprechend. Eine pflichtwidrige Vollziehung des erhaltenen Vollstreckungs-

Digitized by Google

befehles liegt vor, wenn das Vorgehen des Exekutivbeamten wissentlich oder infolge nicht entschuldbaren Irrtums ein materiell unrichtiges ist; dagegen beeinträchtigt ein nicht auf dem Verschulden des Beamten beruhender Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen der Amtshdlg. deren Rechtmäßigkeit nicht. So im allg.: RG. II 18. Nov. 79 E. 27 452, Berlin 28. Nov. 74 St. 4 278, Meves HH. 4 308, Rüd.-St. N. 3, sowie in Spezialfällen der Praxis: RG. III 5., 10. Nov. 81, IV 16. Apr. 89, E. 5 295, 208, 19 164 (btr. Pfändungen seitens eines Gerichtsvollziehers bei tatsächl. Irrt. über den Gewahrsam des Schuldners an der Sache bzw. über das Verbleiben der dem Schuldner erforderlichen Lebensmittel bzw. des zum Betriebe der Landwirtschaft unentbehrlichen Inventariums; ZPO. §§ 805, 808 ff., 846, 821 bzw. 811 2, 4), I 20. Apr. 85 N. 7 238 (btr. Pfändung von im Besitze des Schuldners befindlichen Gegenständen seitens des Gerichtsvollziehers bei Nichtwissen desselben von deren Eigenschaft als Pertinenzen des unter Zwangsverwaltung stehenden Gebäudes).

16) Weiter, als in den beiden vorigen Noten angegeben, kommt der gute oder schlechte Glaube des Vollstreckungsbeamten nicht in Betracht. Es wird also einerseits eine Vollstreckungshdlg., die nach obigem unrechtmäßig war, durch den guten Glauben bzw. durch einen Rechtsirrtum des Vollstreckungsbeamten nicht zu einer rechtmäßigen; RG. I 1. Nov. 80 E. 2 411 (416), II 23. Nov. 80, 24. Okt. 84, N. 2 559, E. 11 175, III 5. Nov. 81 E. 5 295, IV 17. Jan. 88, 27. Nov. 96, 26. Nov. 97, N. 10 40, E. 29 200, 30 348, I 29. Apr. 01 G. 48 302 (die irrt. Annahme, es liege ein Haftbefehl vor, bewirke für sich allein nicht die Rechtmäßgkt. der Festnahmehdlg.), Berlin 17. Nov. 71, 28. Feb. 72, St. 1 71, 220, Binding Lb. 2 769, Geyer 2 138, v. Liszt S. 555, H. Meyer S. 649, Schütze S. 265, N. 22, Hiller GS. 27 1, Neumann G. 22 221. Andererseits macht konsequenterweise der schlechte Glaube des Beamten eine an sich rechtmäßige Hdlg. nicht zur unrechtmäßigen; so: Binding aO. S. 770, Hälschner 2 810, John HH. 3 118; aM. Berlin 15. Jan. 28. Mai 79, O. 20 36, 280 (ein Unterbeamter, der wissentlich eine materiell unrechtmäßige Anordnung des Vorgesetzten veranlaßt habe, sei bei deren Ausführung nicht in rechtmäßiger Ausübung; der gute Glaube eines mit einer materiell ungerechtfertigten Verwaltungsexekution beauftragten Exekutors sei, nachdem sie in Zweifel gezogen, festzustellen gewesen).

17 a) Was die im Abs. 3 bezeichneten Personen betrifft (N. 8), so kann bei den „zur Unterstützung des Beamten zugezogenen Personen" von einer eigenen rechtmäßigen Amtsausübung nicht die Rede sein, sondern sich nur fragen, ob der ihnen durch § 113 verliehene Schutz von der rechtmäßigen Amtsausübung des Beamten selbst abhängig sei. Diese Frage wird zu bejahen sein; denn nach dem klaren Prinzip des § 113 ist der Widerstand gegen die unrechtmäßige Amtsausübung eines Vollstreckungsbeamten erlaubt und kann deshalb unmöglich dadurch strafbar werden, daß zur Unterstützung jenes unrechtmäßig handelnden Beamten eine dritte Person hinzugezogen wird; diese Hinzuziehung kann — und darauf kommt alles an — den Charakter der Amtsausübung nicht ändern. Der etwaige gute Glaube des Hinzugezogenen ist sowenig wie der des Beamten (N. 16) von Erheblichkeit; Berlin 26. Juni 72 St. 2 38, Binding Lb. 2 782, Hälschner 2 812. Übrigens ist die Anwendung des Abs. 3 auf diese „zugezogenen Personen" nach seiner Fassung und der damit übereinstimmenden Absicht des Gesetzgebers nicht durch die gleichzeitige Anwendung des Abs. 1 im einzelnen Falle bedingt; er kann auch Anwendung finden, wenn der Widerstd. gg. den Beamten, als Forst- oder Jagdbeamten, aus § 117 (das. N. 2 letzt. Abs.) zu ahnden ist; RG. II 15. Jan. 97 E. 29 310, Binding Lb. 2 786 N. 1 (jedoch gg. die Annahme der Möglichkeit einer Realkonk.), Oppenh.-O. § 117 N. 15.

b) Die Mannschaften der bewaffneten Macht bzw. einer Gemeinde- 2c. Wehr genießen den Schutz des § 113, wenn sie „in Ausübung des Dienstes" begriffen sind; als solcher kommt nur der in Betracht, der ihnen als Angehörigen der betreffenden Macht obliegt; im übrigen wird nicht erfordert, daß der Dienst noch außerdem eine besondere Aufgabe für den Staat zu erfüllen bestimmt sei; so: RG. I 2. Nov. 85 E. 13 105, Rüd.-St. N. 18; aM.: Binding aO., v. Streit Widersetzung S. 113. Wenn die rechtmäßige Ausübung des Dienstes nicht hervorgehoben wird, so scheint die Einschaltung dieses Adjektivs im Abs. 3 in-

Digitized by Google

folge eines Redaktionsfehlers unterblieben zu sein, jedenfalls aber ist es gerechtfertigt, den Ausdruck im Abs. 3 sinngemäß und in Konsequenz des Abs. 1 dahin zu ergänzen, daß auch diese Dienstausübung eine rechtmäßige sein müsse. So: RG. I 2. Feb. 80 N. 1 305, II 24. Okt. 84 E. 11 175, Berlin 17. Nov. 71, 5. Juli 72, 28. Nov. 74, 10. Jan. 78, St. 1 71, 2 39, 4 278, O. 19 16, Binding Lb. 2 759, 782, Hälschner 2 812, John HH. 3 120, Meves N. 11, Oppenh.-D. N. 48, Rüd.-St. N. 18, v. Streit aO. S. 112. AM. Pfeiffer Zur Interpretation des § 113 S. 31, es liege ein Redaktionsfehler vor.

18) Durch ein unziemliches Betragen des Beamten, z. B. Angetrunkenheit oder Schimpfen, wird die Rechtmäßigkeit seiner Amtsausübung nicht aufgehoben; Berlin 19. Feb. 74 G. 22 243, Dresden 24. Juli 76 St. 7 38.

Aber auch eine Überschreitung (ein Exzeß) bei der Amtsausübung macht diese nur, insoweit jene vorliegt, unrechtmäßig, und nur ein gegen die Überschreitung geleisteter Widerstand bleibt als solcher straflos; Berlin 20. Okt. 71, 4. März 79, O. 12 525, 20 119, 31. Jan. 72, 28. Nov. 74, St. 1 340, 4 278, Oppenh.-D. N. 17, v. Schwarze N. 7.

Die bloße, wenn auch schon erkennbar gewordene, Absicht des Beamten, über die Grenzen seiner Amtsbefugnisse hinauszugehen, reicht aber nicht aus, die bisher rechtmäßige Amtsausübung zu einer unrechtmäßigen zu gestalten; Berlin 10. Apr. 72 O. 13 259, Oppenh.-D. aO.

Eine ursprünglich unrechtmäßige Amtsausübung kann aber umgekehrt durch Veränderung der Umstände zu einer rechtmäßigen werden; Berlin OAG. 3. Mai 73 St. 2 312. Der dieser rechtmäßigen Ausübung geleistete Widerstand ist selbstverständlich strafbar; Binding Lb. 2 774.

19) In der Praxis des RG. ist die Rechtmäßigkeit einer Amtsausübung auf Grund des maßgebenden Reichs- bzw. Landesrechtes (N. 12) namentl. betreffs folgender Fälle erörtert worden:

a) Beschlagnahme; die Befugnis wird α. bejaht: als Ausfluß des Rechts zur vorläufigen Festnahme gemäß StPO. § 127 bzw. als Präventivmaßregel zur Aufrechterhaltung der öffentl. Ruhe u. Sicherheit; II 20. März 83, I 16. Nov. 85, E. 8 288, 13 44; auch von IV 29. Mai 03 G. 50 292, mit der Ausführung, das gelte allgemein, nicht aber nur dann, falls die Festnahme wg. Widerstandes nicht habe zur Ausführung gebracht werden können; β. verneint bei einer B. seitens eines PrGendarmen (so das N. 13a zit. E. 11 175), bei einer B. von Waren, die nur in Apotheken feilgehalten werden dürfen, bei Revisionen von Drogenhdlgen seitens eines PrKreisphysikus (III 22. Feb. 00 E. 33 171 btr. § 240). Vgl. außerdem § 117 N. 6.

Über die örtliche Zuständigkt. eines kgl. PrFörsters in seiner Eigenschaft als Hilfsbeamter der StAschaft zur Anordnung von Beschlagnahmen u. Durchsuchungen (c), falls er außerhalb seines Schutzbezirks den Täter einer in diesem begangenen Zuwiderhdlg. gg. die Forstgesetze ermittelt, vgl. II 18. Dez. 03 E. 37 32.

b) Betreten fremder, nicht eingefriedigter Privatgrundstücke wider Willen des Eigentümers; die Befugnis wurde bejaht für Grenzaufseher in Gemäßheit der Bestimmungen des BJG. (IV 14. Okt. 87 E. 16 248).

c) Durchsuchungen (vgl. auch a letzt. Abs.) und zwar α. von Personen; die Befugnis wurde bejaht bei der seitens des Strafrichters behufs Verfolgung von Spuren einer strafb. Hdlg. angeordneten ärztlichen Untersuchung einer der btr. Straftat nicht verdächtigen Person, auf Grund der StPO. § 103 (II 11. Juni 86 E. 14 189); verneint bei dem Verdachte, daß eine strafb. Hdlg. erst werde begangen werden, sowohl nach StPO. § 102 als auch nach BayerAusfhgsG. zu derselben v. 18. Aug. 1879 (I 1. Mai 82 N. 4 415), dsgl. für die Zwangsvollstreckung im Zivilprozeß, auf Grund der ZPO. (vgl. § 758), die eine solche nicht kenne (II 15. Okt. 87 E. 16 218; s. u. i α); β. von Wohnungen ꝛc.; es ist namentl. der Grundsatz ausgesprochen, daß der die D. vornehmende Beamte nach Lage der Umstände pflichtmäßig zu ermessen habe, ob die Zuziehung eines Gemeindebeamten o. zweier Gemeindemitglieder im Falle der StPO. § 105₂ „möglich", d. h. ohne Gefährdung des Erfolges der Durchsuchung ausführbar sei; so: II 24. Mai 84, IV 29. Sept. 85, N. 6 366, 7 544; vgl. ferner: II 24. Sept. 80, 11. Jan. 81, E. 2 262, 3 185, btr. die Erfordernisse ge-

Digitized by Google

mäß StPO. §§ 102 ff., sowie IV 23. Juni 93 E. 24 217 btr. einer gemäß VStG. § 126 vorgenommenen Haussuchung. Wegen Haussuchungen auf Grund des BayerForstG. v. 28. März 1852 (nF.) vgl. I 15. Juni 85 E. 12 261.

d) Eindringen in fremde Wohnungen; I 2. Feb. 80 N. 1 305 (btr. PrG. v. 12. Feb. 1850 sowie die KabO. u. Instruktionen f. militär. Wachen), II 3. Feb. 80 E. 1 93 (btr. das Verbot des E. in eine fremde Wohnung zur Nachtzeit auf Grund des PrG. v. 12. Feb. 1850 gegenüber dem zum Eintreten von einer außerhalb der Wohnung befindlichen Person gestellten Ansuchen), 22. Feb. 81 N. 3 63 (das Betreten einer Wohnung zur Ermittelung einer einer strafb. Hdlg. verdächtigen Person durch einen Polizeibeamten sei nicht ohne weiteres als Durchsuchung anzusehen), III 7. Nov. 98 E. 31 307 (btr. Unstatthaftgkt. des Eindringens eines polizeil. Exekutivbeamten zur Nachtzeit in das befriedete Besitztum eines Dritten behufs Wahrnehmung präventiver Funktionen auf. § 8 PrG. v. 12. Feb. 1850), I 15. Juni E. 12 261 (btr. das o. zu c zit. BayerForstG., wonach Haussuchungen regelmäßig nur in Begleitung eines Polizeibeamten o. eines Mitgliedes der Gemeindeverwaltung vorgenommen werden dürfen); vgl. auch E. 1 331 u. unter f.

e α) Festnahme von Personen; die Materie ist jetzt, soweit der Zweck der Strafverfolgung in Frage steht, durch §§ 127, 112 ff. StPO. geregelt, derartig daß die §§ 1—5 des PrG. v. 12. Feb. 1850 außer Kraft getreten sind und nur § 6, welcher die Befugnisse der Polizei bei Wahrnehmung ihrer präventiven Funktion regelt, noch in Geltung ist (II 3. Feb. 80, 11. Juli 99, IV 15. März 87, 12. Dez. 84, E. 1 93, 32 269, 15 356, N. 6 807; über die Frage, ob die Geltungskraft des § 6 durch die PrKabO. v. 6. Dez. 1855 bezüglich des Einschreitens der Exekutivpolizei gegen Personen des Soldatenstandes beschränkt sei, vgl. IV 13. Nov. 96 E. 29 180). Übrigens macht StPO. § 127 die vorläufige F. nicht von der strafrechtl. Verfolgbarkeit des Täters abhängig und sie ist nicht ausgeschlossen behufs Feststellung der Persönlichkeit zwecks Veranlassung der Maßregeln der §§ 55_2, 56_2 StGB. sowie der Vorschriften des PrFFPG. § 5 (I 13. Feb. 88 E. 17 127); beim Einschreiten eines Polizeibeamten zum Zwecke der Strafverfolgg. gg. einen bei Begehung der Tat Betroffenen darf, da StPO. § 127 ausschließlich maßgebend ist, so daß § 161 aO. daneben nicht in Frage kommt (so auch zit. RG. 32 269), die Prüfung der Legitimation nicht ohne weiteres abgelehnt u. die Vorführung vor die Polizeibehörde behufs Feststllg. der Person vorgenommen werden; IV 5. Apr. 95 E. 27 153; dagegen handelt ein Polizeibeamter in rechtsm. Amtsausübung, wenn er einen auf frischer Tat Betroffenen, der ihm nicht bekannt ist, vorläufig festnimmt, obwohl ihm dieser seinen Namen u. seine Wohnung, wie sich herausstellt, richtig angegeben hat; I 2. Mai 95 E. 27 198. Das Recht zur vorl. Festnahme schließt die Befugnis zur Wegnahme eines Gegenstandes zwecks Feststellung der Persönlichkeit als das Minus in sich; IV 29. Mai 03 G. 50 292.

β) Im Zusammenhange mit der Festnahme von Personen steht die Aufnahme einer Beschreibung festgenommener Personen, insbs. unter Anwendung des sog. Bertillonschen Systems und der Photographie; die Zulässigkeit dazu ist abzuleiten aus der Obliegenheit der Polizei, die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentl. Sicherheit zu treffen u. auch aus StPO. § 131 (Personalbeschreibung im Steckbrief) zu folgern; IV 2. Juni 99 E. 32 199 (insbs. mit Bezug auf § 10 PrALR. II 17).

f) Gestellung von Personen. α) Nach Reichsrecht sind zuf. StPO. § 161_1 die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes berechtigt, den einer strafb. Hdlg. Verdächtigen (III 20. Juni 89 G. 37 291), dsgl. den Zeugen einer solchen (so: II 19. März, 25. Mai 86, E. 13 426, N. 8 390; aM. Kronecker G. 34 409 ff.; vgl. § 239 N. 8 b) behufs Feststellung ihrer Persönlichkeit, die Zeugen zur ev. Vorführung vor den Richter (StPO. §§ 50, 69), zwangsweise zu sistieren. Dagegen hat III 22. Nov. 83 E. 9 433 verneint, daß den Polizeibehörden (denen konsequenterweise die StAschaft gleichsteht) im Strafprozesse auf Grund der StPO. ein Zeugniszwang zustehe, während wenigstens für möglich erachtet wird, daß landesgesetzlich (β) eine Pflicht zu erscheinen bestehe; vgl. auch das § 110 N. 22 zit. RG. E. 2 281, das, ohne über die Zulässgkt. eines Zwanges eine Entscheidung zu treffen, eine Verpflichtung der polizeilich Geladenen zum Erscheinen annimmt,

Digitized by Google

soweit nicht die der Polizei nach StPO. §§ 158, 159, 161 zustehenden Befugnisse durch spezielle Gesetzesvorschriften eingeschränkt seien. Falls aber eine Erscheinungspflicht besteht, wird den btr. Behörden auch das Recht der Zwangsgestellung zuzusprechen sein. β) Soweit Landesrecht in Frage kommt, ist dieser Grundsatz wiederholt anerkannt: so für Preußen: II 23. März 80 E. 1 331 (es dürfen Polizeibeamte, welche den Auftrag erhalten haben, eine Person zwangsweise zu gestellen, dazu in die Wohnung eines Dritten sich begeben, da das G. v. 12. Feb. 1850 nur die Bedingungen feststellt, unter welchen eine Verhaftung o. vorläufige Festnahme erfolgen kann, dagegen nicht mit der Frage sich beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen eine Zwangsgestellung erfolgen dürfe, jenes Recht aber ein Ausfluß der den Behörden allgemein oder in beschränktem Umfange beigelegten Exekutivgewalt ist), II 11. Jan. 81 E. 3 185 (Zwangsgestellung von der Straße aus nach PrALR. II 17 § 10 u. PrG. v. 12. Feb. 1850 § 6), I 26. Okt. 96 E. 29 136 (btr. Zwangsgestllg. von Personen, die bei Verübung einer Zolldefraude betroffen waren, vor das nächstgelegene Zollamt in Gemäßheit des PrG. v. 23. Jan. 1838 wg. Untersuchg. u. Bestrafg. der Zollvergehen); für Sachsen: III 27. Apr. 91 E. 22 5 (die Polizeibehörde ist auf dem Gebiete der Vereinspolizei berechtigt, die Zwangsgestellg. von Personen zu verfügen, die der Vorladung zum Erscheinen behufs Empfangnahme mündlicher Bekanntmachungen nicht Folge leisten); die SpezialV. des Kgl. SächsJM. v. 16. Juli 1884 (SächsJMBl. 26) die Befugnis der StAschaft zu zwangsweisen Vorführungen btr. nimmt an, daß der StAschaft nach dem Zusammenhange der Bestimmungen der StPO. ein Recht z. Vorführung von Zeugen u. Beschuldigten zustehe; s. jedoch o. α. Es handelt sich hier um polizeil. Exekutivmaßregeln außerhalb der StPO. Deshalb konnte andererseits auf Grund des btr. Landesrechtes verneint werden, daß ein PrGendarm berechtigt sei, aus eigener Machtvollkommenheit eine Person zu ihrer Vernehmung zwangsweise zu gestellen; RG. IV 17. Nov. 91 G. 39 332 (vgl. aber auch u. iβ).

g) Nacheile; daß im Falle des GVG. § 168 der Zweck der Verfolgung eines Flüchtigen, worunter, gleichwie in StPO. § 127, begrifflich der Komplex derj. Maßnahmen zu verstehen ist, die auf Ergreifung der als Täter verdächtigen Personen abzielen u. ihrer Natur nach geeignet sind, diese zu ermöglichen und zu sichern (III 13. Dez. 97 E. 30 386 btr. § 117), in das Gebiet eines anderen Bundesstaates seitens eines „Sicherheitsbeamten", dessen Begriff im weitesten S. aufzufassen ist, gerade seine Ergreifung sein müsse, sagt das Gesetz nicht, weshalb die Verfolgung auch dann zulässig ist, wenn es nur auf die Feststellung der Person in der Erwägung abgesehen ist, daß, im Falle des Gelingens, die Ergreifung als notwendig sich herausstellen werde (I 9. Dez. 86 R. 8 735).

h) Pfändung; II 31. Jan. 82 R. 4 97 (btr. Pf. seitens eines Gerichtsvollziehers auf Grund eines Arrestbefehls, bevor der letztere dem Exequenden ausgehändigt und vorgelesen worden), III 13. Nov. 84 R. 6 731 (die von einer PrGemeinde bestellten Feldhüter sind gemäß der durch PrFFPG. § 96 aufrechterhaltenen Bestimmungen der PrFPO. v. 1. Nov. 1847 befugt, die auf frischer Tat des Felddiebst. Betroffenen zu pfänden), I 11. März 89 E. 19 69 (btr. Pf. seitens eines Gerichtsvollziehers im Auftrage des Gläubigers bezüglich einer im Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befindlichen Sache).

Wg. Wegnahme von Gegenständen s. o. eα aE.

i) Zwangsvollstreckung. α) Im Zivilprozeß (s. auch N. 208$_4$): I 24. Okt. 87 E. 16 275 (eine Zustellung des für vollstreckbar erklärten Urteils von Anwalt zu Anwalt genügt nach ZPO. § 176, um mit der Zw. zu beginnen; § 671 aF. — jetzt abgeändert § 750 — stand nicht entgegen), II 12. Apr. 81 R. 3 228 (Abpfändung von Gegenständen unter Voraussetzung der Entbehrlichkeit), III 5., 19. Nov. 81, E. 5 295, 208 (Abpfändung nicht im Gewahrsam des Schuldners befindl. Gegenstände, bzw. von Nahrungsmitteln), II 15. Okt. 87 E. 16 218 (zu den „Behältnissen des Schuldners", deren Durchsuchung ZPO. § 758 gestattet, gehören auch die Taschen ꝛc. der auf dem Leibe des Schuldners befindlichen Kleider; vgl. übrigens cα), II 2. Jan. 83, 9. Mai 84, 24. Mai 87, E. 7 370, R. 6 359, 9 340 (Zw. bei Widerstand des Schuldners; Notwendigkeit der Zuziehung von Zeugen ꝛc. nach ZPO. § 759; vgl. auch Dresden OLG. 26. Apr. 00 SächsA. 21 391,

Digitized by Google

ein vom Gerichtsvollzieher in Gemäßheit dieser Bestimmung als Zeuge zugezogener Gemeinde- o. Polizeibeamter befinde sich selbst in rechtm. Ausübung einer amtl. Tätigkt.), III 30. Okt. 84 R. 6 670 (bei der Zw. vom Gerichtsvollzieher zugezogene großjährige Männer verlieren die Eigenschaft als Zeugen dadurch allein nicht, daß sie gleichzeitig zu anderweitiger Hilfeleistung bei der Zw. herbeigezogen seien), I 8. Nov. 86 R. 8 688 (eine auf Antrag des Gläubigers zuständig erlassene richterliche Verfügung, welche dem bisher nicht gehörten Drittbesitzer auferlegt, eine vom Schuldner in dessen Gewahrsam gebrachte Sache an den Gerichtsvollzieher unter Überweisung der Sache an den Gläubiger herauszugeben, berechtigt jenen nicht zur Zw. gegen den Drittbesitzer und zwar wegen ZPO. § 772 aF., jetzt § 886, dessen Fassung jeden Zweifel ausschließt), I 19. Nov. 94 E. 26 249 (ein Gerichtsvollzieher, der auf Grund einer einstweiligen Verfügung, durch welche die Zurückbringung von Sachen des Gegners des Antragstellers in die Wohnung des letzteren angeordnet ist, demjenigen, zu dem die Sachen geschafft waren, diese wider dessen Willen mit Gewalt fortnehmen will, befindet sich, trotz Bescheides des Vollstreckungsgerichtes, er sei zu einem gewaltsamen Vorgehen berechtigt, wg. seiner selbstdgen Prüfungspflicht des Vorliegens der formellen Voraussetzungen für sein amtl. Einschreiten nicht in rechtm. Amtsausübung; vgl. ZPO. §§ 750 [aF. § 671], 808, 883 ff., 928, 936). β) Im Verwaltungsverfahren: II 2. Jan. 83 R. 5 4, I 6. Feb. 88, IV 18. Juni 95, E. 17 122, 27 297 (sämtlich btr. die PrV. über das Verwaltungszwangsverfahren vom 7. Sept. 1879 — an deren Stelle jetzt diejenige v. 15. Nov. 1899 getreten ist — u. zwar insbs.: btr. die Verpflichtung der Zuziehung von Zeugen ꝛc. bei selbst nur mündlich verweigerter Duldung einer Zwangsvollstreckung bzw. die Innehaltung einer 3tägigen Frist für die Bekanntmchg. einer Versteigerung vor deren Vornahme bzw. das Erfordernis eines schriftlich zu erteilenden Auftrages der Vollstreckungs-, d. h. der dem die Zwangsvollstreckung bewirkenden Vollziehungsbeamten vorgesetzten Behörde), II 17. Sept. 92 E. 23 226 (btr. Vorführung eines zum Ersatze von Kosten, die infolge zwangsweiser Durchsetzung einer poliz. Anordnung entstanden waren, Verpflichteten durch einen PrGendarmen), I 16. Nov. 93 E. 24 389 (btr. Beitreibung eines ärarialischen Holzverkaufserlöses durch den Boten eines Bayer. Rentamtes). γ) Im Strafverfahren: II 18. März 98 E. 31 76 (der Amtsrichter, dem, wie in Pr., nach StPO. § 483$_2$ die Strafvollstrckg. übertragen ist, handelt bei deren Betreibung als Organ der Landesjustizverwaltg. u. befindet sich deshalb nicht in rechtm. Amtsausübung, wenn er der Anweisung seines Vorgesetzten zuwider gg. einen Verurteilten mit Vollstreckgshdlgen vorgeht).

Widerstand und Angriff. N. 20—26.

20) Was die durch § 113 unter Strafe gestellten Handlungen betrifft, so unterscheidet das Gesetz: „die Widerstandleistung in" und „den tätlichen Angriff während der rechtmäßigen Amtsausübung". Immer aber schützt § 113 (anders § 114; das. N. 5$_1$) nur die schon begonnene Amtshdlg.; (so: RG IV 8. Nov. 89 E. 20 35, Binding Lb. 2 776; aM.: Hälschner 2 823, John HH. 3 123), und nur so lange sie nicht vollendet ist; RG. II 4. Feb. 81 E. 3 334, Binding aO.

Wie die Entstehungsgeschichte ergibt (§ 110 N. 1), war nach den Planckschen Anträgen in der zweiten Beratung an beiden Stellen des § 113 gleichmäßig die Fassung „während einer innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung" angenommen worden. Demgegenüber beantragte Lasker bei der dritten Beratung die demnächst zum Gesetz erhobene Fassung, wonach dem „während" an der ersten Stelle ausdrücklich „in" substituiert wurde. Hiernach kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß jene beiden Präpositionen gewählt wurden, um etwas Verschiedenes auszudrücken; eine unbefangene Auslegung wird deshalb zu dem Ergebnis gelangen, daß der Widerstand gegen die Vornahme der Amtshandlung selbst (Berlin 1. Okt. 74, 10. Jan. 78, O. 15 607, 19 16), der tätliche Angriff dagegen nur gegen den Beamten zu einer Zeit gerichtet sein müsse, wo er mit der Vornahme einer rechtmäßigen Amtshandlung befaßt war. Diese Auffassung wird bestätigt durch die Fassung und Entstehungsgeschichte des entsprechenden § 89 PrStGB., der von beiden Hdlgen, dem Angriff und der Widersetzlichkeit, nur erfordert, daß sie

Digitized by Google

„während" der Vornahme einer Amtshdlg. erfolgten; durch diese Fassung wurde im Gegensatz zu den früheren Entwürfen angedeutet, daß der „Widerstand nicht gegen den Befehl o. seinen Zweck an sich gedacht sei"; Goltd. Mat. 2 119; gegen diese Unterscheidung Binding Lb. 2 780 (vgl. aber S. 781!).

a) Wenn im RStGB. an der ersten Stelle statt des „während" die Präposition „in" aufgenommen wurde, so kennzeichnete dieses im Gegensatz zum PrStGB. und zu den Entwürfen das Erfordernis der Richtung des Widerstandes gegen die — bereits begonnene oder auf Grund bereits gefaßten Beschlusses bzw. getroffener Anordnung in der Ausführung unmittelbar bevorstehende (RG. II 4. Feb. 81 E. 3 334, IV 21. Okt. 87, III 23. Feb. 88, R. 9 525, 10 179) — Amtshandlung als solche, woraus freilich keineswegs folgt, daß Subjekt des Widerstandes nur der sein könne, gegen den die Amtshdlg. gerichtet ist; Binding Lb. 2 774, John HH. 3 124, Schütze S. 266, Meves N. 2, Oppenh.-D. N. 41, Rüd.-St.N. 12. Was die Beschaffenheit der Amtshdlg. betrifft, in der dem Beamten Widerstand geleistet wird, so unterscheidet das Gesetz nicht hinsichtlich der Form, worin jene zum Ausdruck kommt; es fragt nur, ob es eine Amtshdlg. sei, ohne Gewicht darauf zu legen, ob solche in Worten oder sonstigen Hdlgen dem Täter zum Bewußtsein gebracht werde; so RG. II 12. Juli 81 E. 4 374 (btr. § 117); aM. RG. III 5. Feb. 81, 5. Feb. 85, R. 3 11, 7 85, der Widerstand müsse gegen eine körperliche Kraftäußerung des Beamten sich kehren.

Von welchem Zeitpunkte ab ein Vollstreckungsbeamter „in" der rechtm. Amtsausübung sich befindet, ist wesentlich tatsächlich zu beurteilen, doch können auch rechtl. Gesichtspunkte in Betracht kommen; vgl. RG. III 30. Apr. 91 E. 22 227 über den Beginn einer Zwangsvollstreckung im Zivilprozeß (N. 19ia sowie § 114 N. 7a).

b) Beim Angriff wurde von jenem Erfordernisse abgesehen und nur auf das zeitliche Zusammentreffen Gewicht gelegt, das selbstverständlich auch bei dem Widerstande erforderlich ist (N. 24a, 26). Der legislatorische Grund hierfür, der zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, aber klar liegt, ist der, daß der Beamte auch durch einer solchen Angriff ebensosehr in der Ausübung der Amtshdlg. behindert wird wie durch einen ihre Vereitelung bezweckenden Widerstand. So: RG. III 1. Juli 85 R. 7 453, I 2. Nov. 85 E. 13 105 (ausschließliche Voraussetzung sei, daß der Amtsausübung durch den Angriff tatsächlich ein Hindernis erwachse, nicht, daß ihr ein solches entgegengesetzt werden solle), Dresden 8. Nov. 72, 24. Juli 76, St. 2 153, 7 38, Berlin 18. Apr. 77 O. 18 277, Berner S. 389, Geyer 2 139, Hälschner 2 812, John HH. 3 125, Meves N. 5, 8, Rüd.-St. N. 16, 17, v. Schwarze N. 8, 14. AM.: Schütze S. 266 N. 23, Rubo N. 6, Neumann G. 22 218; vgl. auch Frank N. V 2.

Wann ein solches zeitliches Zusammentreffen, d. h. ein Angriff während der Amtsausübung anzunehmen sei, ist nach den Umständen zu beurteilen; Dresden 18. Dez. 77, Stuttgart 18. Feb. 74, St. 1 269, 4 18; vgl. auch Berlin 9. Mai 78 G. 26 509. Der Umstand, daß der Zweck der Amtsausübung bereits erreicht war (N. 26), schließt deren Fortdauer nicht unbedingt aus; München OLG. 23. Juni 91 E. 6 470; vgl. Binding Lb. 2 776 (Vollendung liege vor, wenn der beabsichtigte Erfolg „wirklich definitiv erreicht" sei.).

Die Veranlassung bzw. der Zweck des tätlichen Angriffs ist für den Tatbestand gleichgültig (wenn es nicht etwa um einen Akt vermeintlicher Notwehr sich handelt; N. 29a); zit. RG. E. 13 105, Dresden 24. Juli 76 St. 7 38, Hälschner 2 813 u. GS. 35 11. Deshalb fällt der tätl. Angriff, wenn er im konkreten Falle zum Zweck der Vereitelung der Amtshdlg. geschieht, dennoch unter die Strafandrohung des Gesetzes (so das zit. RG. R. 7 453) und zwar, wie zweifellos auch nach Auffassung des RG., eben als „tätl. Angriff"; ebenso Hälschner 2 813 (s. jedoch u. N. 23a) u. v. Schwarze N. 14, während Berner S. 389 u. John HH. 3 125 annehmen, der tätl. Angriff dürfe nicht gegen die Amtsausübung des Beamten sich richten, da er sonst in den gewaltsamen Widerstd. aufgehe. Allerdings liegt, wenn eine und dieselbe Hdlg. als tätl. Angriff und als Widerstd. sich darstellt (was auch RG. III 8. Jan. 96 E. 28 98 als möglich annimmt), gleichartige Idealkonk. vor (§ 73 N. 16, 19), während, wenn der tätl. Angriff erst in einen Widerstd. übergeht oder umgekehrt, ein fortgesetzte strafb. Hdlg. (§ 73 N. 7b aE.) und, wenn von mehreren in

Digitized by Google

gemeinschaftl. Ausführung einer einen tätl. Angriff unternimmt, ein anderer aber Widerstand leistet, eine in Mittäterschaft begangene strafb. Hdlg. (§ 47 N. 2_2) in Frage steht.

Auf Grund der Verschiedenheit der beiden Mischtatbestände ist die Annahme gerechtfertigt, daß eine alternative Feststllg. bezüglich des Widerstandes u. des Angriffs unzulässig sei; so: RG. zit. III E. 28 98 (btr. § 117), IV 25. Juni 01 G. 48 359; aM.: Binding Hb. I 562, Wertheimer Mischgesetze S. 32.

21) Die erstere Alternative des Abs. 1 erfordert einen „Widerstand" näher bezeichneter Art (N. 22—24), bezüglich deren eine alternative Feststllg. für zulässig zu erachten ist; Wertheimer Mischgesetze S. 32. Daß er gegen die Amtshdlg. als solche sich richten müsse, wurde schon hervorgehoben (N. 20a). Daß er aber gerade dahin gehen müsse, die Amtshdlg. zu verhindern, erfordert das Gesetz nicht; eine bloß auf Erschwerung der Ausführung der Amtshdlg. gerichtete Absicht genügt vielmehr; so Hälschner 2 813; aM. RG. II 12. Juli 81 E. 4 374 (btr. §117), insofern es eine Tätigkeit verlangt, die bestimmt sei, die Vollziehung der Amtshdlg. nicht zur Vollendung gelangen zu lassen. Ob übrigens der Widerstd. die Behinderung oder gar die Verhinderung des Beamten in der Amtsausübung bzw. die Abstandnahme von ihr zum Erfolge hatte, ist für den Tatbestand gleichgültig; Berlin 6. Dez. 72 O. 13 637, München OLG. 4. Apr. 93 E. 7 363, Hälschner 2 813, John HH. 3 125, Meves N. 5, Oppenh.-D. N. 42, v. Schwarze N. 18. Nur das erscheint erforderlich, daß die entwickelte Tätigkeit „an und für sich geeignet" sei, indem sonst der allein strafbare vollendete Widerstand überhaupt nicht vorliegt; so das zit. RG. E. 4 374.

22) Der Widerstand muß „durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt" geleistet worden sein. Demgemäß verlangt das Gesetz eine aktive Tätigkeit (RG. II 12. Juli 81 E. 4 374); ein sog. passiver Widerstd. reicht folglich nicht aus (N. 24). Schon bei der Redaktion des PrStGB. § 89, nach dem der Widerstd. gleichfalls nur in Betracht kam, sofern er „durch Gewalt oder durch Drohung" geleistet war, wurden zwei Gesichtspunkte durchweg festgehalten, einmal, daß der sog. passive Widerstand nicht strafbar sein solle, dann, daß die „Gewalt" nicht unmittelbar gegen die Person gerichtet zu sein brauche, sondern auch eine „Gewalt an Sachen" sein könne; Goltd. Mat. 2 116 ff. Hiernach handelt es sich um ein Kommissivdelikt (§ 1 N. 3a) und ein bloßer Ungehorsam, ein bloß passives körperliches Verhalten, wodurch dem Beamten freigelassen wird, das zur Ausführung der Amtshdlg. Erforderliche vorzunehmen, erfüllt den Tatbestand nicht; RG. III 5. Feb. 81, 5. Feb. 85, N. 3 11, 7 85.

23a) Der Begriff der „Gewalt" erfordert notwendig die Anwendung physischer Kraft, deren Maß sich dahin bestimmt, daß sie den Beamten, wenn auch nicht zur Abstandnahme von der Amtshdlg., so doch zu einer erhöhten Kraftanwendung seinerseits nötigen muß; vgl. auch Heilborn ZStrW. 18 187. Was die Qualität der anzuwendenden „Gewalt" anbetrifft, so kann diese, insofern tatsächlich die (wenn auch nur zeitweise) Verhinderung einer Amtshdlg. (N. 21), also eine Unterlassung, bezweckt wird (Binding Normen 2 526), auch vis absoluta sein (§ 114 N. 3a). Gleichgültig erscheint, ob der Täter die zur Herstellung der Gewalt notwendige physische Kraft unmittelbar persönlich anwendet oder ob er dazu eines leblosen o. willenlosen Gegenstandes als Werkzeuges sich bedient; RG. III 21. Jan. 89 G. 37 158 (btr. Gewalt verübt durch einen auf den Beamten gehetzten Hund bzw. Bedrohung mit solcher Gewalt; s. u. b).

Im übrigen ist für den Begriff der „Gewalt" die N. 22 erwähnte Entstehungsgeschichte insofern von Bedeutung, als dieser gegenüber zunächst die von Wächter, GS. 27 162, aufgestellte Behauptung, nach dem ständigen Sprachgebrauch des RStGB. werde „durch Gewalt, welche gegen jemand geübt wird, bloß die gegen die Person gerichtete physische Gewalt" bezeichnet, während bei Beziehung seiner Bestimmungen auch auf Gewalt gegen Sachen der Ausdruck „Gewalttätigkeit" gebraucht werde, auffallend erscheinen muß. Die Behauptung ist aber auch unrichtig; denn „Gewalttätigkeit" wird zwar in den §§ 122_2, 125_2 nur von einer Gewalt „gegen Personen", in den §§ 124, 125_1 (auch § 130) aber von einer solchen „gegen Personen oder Sachen" gebraucht. Da nun § 113 selbst in keiner

Digitized by Google

Weise unterscheidet, so wird dort der dem Beamten „durch Gewalt" geleistete Widerstd. in Betracht zu ziehen sein, gleichviel ob jene direkt gegen die Person des Beamten oder ob sie zunächst gegen Sachen sich richtet, in welchem letzteren Falle jedoch immer eine indirekte Beziehung gegen den Beamten vorhanden sein muß, da diesem der Widerstd. geleistet wird; denn das bloße Bereiten sachlicher Vorkehrungen (mechanischer Hindernisse) gegen die Ausführung der Amtshdlg. genügt nicht, vielmehr müssen persönliche, gegen den Beamten selbst gerichtete, Hdlgen des Widerstandleistenden und zwar körperliche Kraftäußerungen vorliegen, welche direkt oder indirekt gegen die Amtshdlg. derartig sich kehren, daß dadurch die Hdlgsfreiheit und das berechtigte Vorgehen des Beamten erschwert oder aufgehoben wird. So: RG. III 5. Feb. 81, 11. Jan. 83 (Widerstd. durch Verschließen der Tür falle nicht unter § 113), 7. Mai 85 (Gegenstemmen der Füße gegen den Boden sowie Anklammern mit den Händen an erreichbare Gegenstände sei nicht nur passiver Widerstd.; N. 22, 24), 5. Feb. 85 (es genüge zur Anwendung des § 117 Verhinderung der Abnahme des Gewehres durch gewalttätiges Festhalten), N. 3 11, 5 24, 7 280, 85, IV 5. Nov. 95 E. 27 405 (Einschließen des Beamten könne als Gewalt angesehen werden; s. übrigens N. 25), Dresden 16. Nov. 74, München 19. Juli 75, St. 5 33, 6 26, Berlin 6. Jan. 75, 26. Jan. 76, 24. Juni 79, St. 4 279, 6 180, O. 20 311, Berner S. 389, Binding Lb. 2 775 (s. jedoch u.), v. Liszt S. 555, H. Meyer S. 650, Meves N. 5, Oppenh.-D. N. 29 ff., Rüd.-St. N. 14; weitergehend nimmt Hälschner 2 813 sogar an, daß für den durch Gewalt geübten Widerstd. nur die Fälle übrig blieben, in denen die Gewaltausübung gegen Sachen sich richte, weil eine in der Absicht, Widerstd. zu leisten, als vis absoluta wirkende Gewalt für tätl. Angriff (N. 20 vorletzt. Abs.) zu erachten sei. AM. Binding aO. u. WanjeckG. 27 200, auch das Schaffen rein sachlicher Hindernisse, wie z. B. Verschließen der Tür der Wohnung bzw. des Behältnisses, sei als Widerstd. strafbar; ebenso übrigens Goltd. Mat. 2 120.

b) „Bedrohung mit Gewalt" ist die Ankündigung der bevorstehenden Anwendung einer Kraft der zu a bezeichneten Art (§ 48 N. 11 a). Zu beachten ist jedoch, daß hier nicht die Gewalt selbst, sondern deren Androhung an sich geeignet sein muß, auf den die Amtshdlg. vornehmenden Beamten einen hindernden Einfluß zu üben; insofern bemerkt Oppenh.-D. N. 40 mit Recht, daß die Natur der angedrohten Gewalt nicht durchaus mit der unmittelbar angewendeten gleichgeartet sein müsse. Im übrigen aber genügt es auch hier, wenn eine unmittelbar gegen Sachen und nur mittelbar gegen die Person des Beamten sich richtende Gewalt angedroht wird; demnach kann einem berittenen Gendarmen durch die Drohung, sein Pferd niederzustechen, Widerstd. geleistet werden; so: Hälschner 2 814, H. Meyer S. 650; aM. John HH. 3 124.

24) Im Einzelfalle ist oft zweifelhaft, ob Widerstd. „durch Gewalt" (N. 23 a) vorliege.

a) Der Begriff des bloß passiven Widerstds. (N. 22) wird dadurch nicht aufgehoben, daß der die Amtsausübung erschwerende oder verhindernde Zustand, in welchem der Ungehorsam des Betreffenden sich äußert, durch eine Tätigkeit dieses selbst herbeigeführt ist, wenn nur dieselbe beendet war, ehe der fragliche Akt der Amtsausübung begann, da dem Beamten alsdann in der Amtsübung zuvorgekommen, nicht aber in derselben Widerstand geleistet wird; dazu fehlte das Erfordernis der Gleichzeitigkeit. So ist das Liegenbleiben des zu Verhaftenden passiver Widerstd., falls er sich niedergeworfen hatte, bevor er von dem Beamten angefaßt war (München 24. Mai 76 St. 6 181, Wanjeck E. 27 200), während die Tätigkeit als gewaltsamer Widerstd. sich qualifiziert, wenn der zu Verhaftende zunächst von dem Beamten sich losreißen mußte.

b) Zu beachten ist aber andererseits, daß der passive Widerstd. tatsächlich sehr leicht in einen gewaltsamen übergeht; so macht ein zu Verhaftender schon dann eines unter § 113 fallenden Widerstandes sich schuldig, wenn er nicht bloß passiv in seiner Position liegen bzw. stehen bleibt und so der Fortführung nur die Schwere des eigenen Körpergewichts entgegensetzt (Berlin 1. Nov. 71 St. 1 100), sondern vielmehr durch Gegendruck des Körpers oder durch Gegenstemmen der Füße auf den Boden sich daselbst zu halten strebt; RG. I 1. Nov. 80 E. 2 411, Berlin 28. Jan. 75 O. 16 93, Berner S. 389, Geyer 2 139,

Digitized by Google

Schütze S. 266 N. 23. Keineswegs darf auch ein bloß passiver Widerst. lediglich deshalb angenommen werden, weil das Verhalten des den Widerstd. Leistenden kein aggressives, sondern nur ein defensives sei; München 19. Juli 75 St. 6 26, Oppenh.-D. N. 39.

25) Der von der zweiten Alternative des Abs. 1 erforderte „Angriff" (wegen des Angriffes im allg. vgl. § 53 N. 5) wird hier näher als „tätlicher" (§§ 94 N. 2_3, 3, 185 N. 9) bezeichnet, wodurch die Richtung des Angriffs dahin bestimmt wird, daß er eine körperliche Einwirkung auf die Person des Beamten bezwecken muß (zu Unrecht macht Baumgarten Versuch S. 412 N. 81 den Vorwurf einer schwankenden Auffassung des Begriffs der Tätlichkeit, der hier vielmehr derselbe ist, wie im § 94); ein derartiger Angriff — als welcher auch ein auf Einsperrung gerichtetes Unternehmen angesehen werden kann (RG. II 29. Nov. 95 E. 28 32; s. übrigens das N. $23a_2$ zit. RG. E. 27 405) — fällt deshalb unter § 113 auch dann, wenn er fehlschlug; so: RG. I 18. Nov. 82 E. 7 301 (Ausholen mit dem Arm in der Absicht, den Beamten zu schlagen, gleichgültig ob das Treffen des Körpers durch das Zwischentreten eines Dritten abgewendet wurde), Geyer 2 139, Hälschner 2 815, H. Meyer S. 650, v. Liszt S. 556 (345 N. 2), Frank V 2, Oppenh.-D. N. 44; aM. Binding Lb. 2 780. Dagegen ist eine bloße „Drohung" zur Erfüllung des Tatbestandes dieser Alternative nicht ausreichend; Hälschner 2 814.

26) War der Zweck der Amtsausübung bereits erreicht, so fällt eine Hdlg., wenn sie nicht etwa als tätl. Angriff während der Amtsausübung (N. $20b_2$) sich darstellt, nicht unter § 113, mag sie auch objektiv gewaltsam sein, wie z. B. das Entreißen einer abgepfändeten Uhr aus der Hand des Beamten. So Dresden 30. Dez. 72 St. 2 266. AM. Wanjeck G. 27 200.

Dolus. N. 27, 28.

27) Zum Dolus des vorsätzlichen (§ 59 N. 15 f.) Verg. aus § 113 gehört jedenfalls, was Abs. 1 betrifft, die Kenntnis von der Amtseigenschaft des Beamten sowie das Bewußtsein, daß derselbe in Ausübung seines Amtes sich befinde, was aber Abs. 2 betrifft, die Kenntnis von der Zuziehung der Person bzw. von der Eigenschaft als Mitglied der bewaffneten Macht 2c. Hierüber herrscht Übereinstimmung. Vgl. RG. I 2. Feb. 80 N. 1 305, III 30. Okt. 80 E. 3 14, Berlin OAG. 6. Dez. 71 St. 1 99, OTr. 7. Nov. 73 O. 14 708, Hiller Rechtmäßgkt. S. 73 u. GS. 27 7, Neumann G. 22 224, John HH. 3 124, Meves N. 10 u. HH. 4 311, Schütze S. 266, Oppenh.-D. N. 23, 47a, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 16. Ganz Ähnliches gilt für § 117; RG. IV 24. Juni, 27. Sept. 87, N. 9 382, 473. Natürlich greifen aber die Grundsätze über den eventuellen Dolus (§ 59 N. 6) Platz.

28) Nach Einsicht des Inhaltes des $§ 113_1$ kann aber auch nicht zweifelhaft sein, daß das aus diesem zu bestrafende Delikt den Widerstand bzw. Angriff gerade gegen einen in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes begriffenen Beamten zur Voraussetzung habe, daß somit das Erfordernis der Rechtmäßigkeit der Amtshdlg. zu den Deliktsmerkmalen des Verg. gehöre; John HH. 3 117, Hiller Rechtmäßgkt. S. 62. Bei dieser Sachlage muß man aber nach dem N. 27 Bemerkten ohne Einschränkung mit Binding, Normen 2 589, annehmen, daß der Dolus bei dem Verg. aus $§ 113_1$ in „dem bewußten Willen, der rechtmäßigen Ausübung der Amtsgewalt seitens eines Beamten Widerstand zu leisten", bestehe, und ohne Scheu die Folgerung ziehen, daß „jeder Glaube an die Widerrechtlichkeit der angeblichen Amtshdlg. den Vorsatz ausschließt, mag erstere auch rechtmäßig und der Irrtum des Widerstehenden ein unverzeihlicher sein". So ferner: Binding Lb. 2 778, 781, Geyer 2 139, Hälschner 2 815, v. Liszt S. 555, Merkel S. 391, H. Meyer S. 649, Frank N. VI u. ZStrW. 12 294, Rubo N. 13, Guggenheimer Irrtum S. 38 ff., v. Streit Widersetzung S. 108, Rosenberg ZStrW. 23 229; vgl. auch Berlin 8. Nov. 71 O. 12 569, 6. Sept. 75 G. 23 508 (btr. § 117). AM. RG. I 22. Apr. 80 N. 1 642, III 3. Okt., II 5. Nov. 80, 7. Feb. 82, E. 3 14, 2 423, N. 4 132 (lediglich auf Grund der Entstehungsgeschichte und aus legislatorischen Gründen, während anerkannt wird, daß die Anwendung der allg. Grundsätze über die Zurechnung doloser Delikte auf den vollen Inhalt der §§ 113—117 zur Annahme führen würde, daß der Täter das Bewußtsein von der Rechtmäßgkt. der Amts- bzw. Rechtsausübung gehabt haben müsse), ferner: IV 27. Juni 84, 27. Sept. 87, III 7. Mai 85, N. 6 478,

Digitized by Google

9 473, 7 280 (es finde § 59 bei der Meinung des Täters von der Unrechtmäßgkt. der Amtshdlg. keine Anwendung), Berlin 28. Feb. 72, 9. Juli, 7. Nov. 73, 17. Nov. 75, 21. Jan. 76, St. 1 220, 3 4, O. 14 708, 16 736, 17 40, John HH. 3 118, 124, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 16, Lucas Subj. Verschuldg. S. 26, Hiller Rechtmäßgkt. S. 73 (ein Irrtum über die Rechtmäßgkt. komme nur auf Gefahr des Widerstandleistenden in Betracht), während derselbe GS. 27 14 ff. die Auffassung vertritt, daß zwar die aus tatsächlichem, nicht aber die aus Rechtsirrtum entsprungene unrichtige Annahme der Rechtswidrigkeit den Dolus ausschließe; ferner, sich selbst widersprechend, Neumann G. 22 224.

Freilich genügt auch hier Eventualdolus, so daß derjenige, der nur an der Rechtmäßigkeit zweifelt und auf die Gefahr hin, daß der Beamte dennoch in rechtmäßiger Amtsausübung begriffen sei, Widerstd. leistet, dem § 113 verfällt; Binding L. 2 780 u. Normen 2 590, Hälschner 2 816, H. Meyer S. 649.

Verhältnis zu anderen §§.; Strafsanktion; Verjährung; Zuständigkeit. N. 29—32.

29) Die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber einer Amtshdlg. kann überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn letztere als ein „Angriff" i. S. des § 53$_2$ (das. N. 5) sich charakterisiert.

a) Der rechtmäßigen Amtsausübung gegenüber gibt es wahre Notwehr nicht, weil es an der Voraussetzung eines „rechtswidrigen" Angriffes fehlt; aM. Binding Hb. 1 743 für den Fall, daß der Amtsuntergebene einen bindenden Befehl rechtswidrigen Inhalts ausführt (N. 15a). Dem durch den Befehl Betroffenen steht aber der Amtsuntergebene gegenüber und dieser handelt nicht rechtswidrig, ihm gegenüber ist daher Notwehr ausgeschlossen (N. 1$_2$). Allein da bei vorsätzl. Delikten die irrtüml. Annahme eines strafausschl. Umst. den Dolus ausschließt, so kann auch der zum § 113 erforderliche Dolus durch irrtümliche Annahme der Rechtswidrigkeit des Angriffes der Beamten ausgeschlossen sein (N. 28).

b) Der nicht rechtmäßigen Amtsausübung gegenüber kann, unter der eingangs bezeichneten Voraussetzung, der, objektiv den Tatbestand einer strafb. Hdlg. erfüllende, Widerstand als Notwehrhdlg. oder als entschuldbarer Exzeß der Notwehr nach Maßgabe des § 53 straflos sein; Berlin 4. Jan. 72 O. 13 4, Binding Hb. 1 740 u. L. 2 751, 765 N. 2, 777, John, Meves HH. 3 124, 4 312, Schütze S. 265 N. 22, Oppenh.-O. N. 16, Rüd.-St. N. 11, Bolze G. 23 390.

Die Ausübung von Selbsthilfe kann einem in rechtmäßiger Amtsausübung befindlichen Vollstreckungsbeamten gegenüber nicht in Frage kommen; vgl. § 54 N. 10$_3$, insbs. das das. zit. RG. E. 22 300.

30) Wegen des Verhältnisses des § 113 zum: § 114 vgl. das. N. 7a, § 223 das. N. 17b, § 240 das. N. 14a, § 241 das. N. 7b. Fehlt es an der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung und ist damit die Anwendung des § 113 ausgeschlossen, so kann ein gegen den Beamten ausgeführter „Angriff", falls er nicht als Notwehrhdlg. (N. 29b) zu qualifizieren, dennoch aus §§ 223 ff. strafbar sein.

Die Sonderbestimmungen in dem gemäß EG. § 2 (das. N. 10c, 15c) aufrechterhaltenen VStG. § 161, ferner in SeemannsO. § 104 gehen dem § 113 vor.

Wegen Außerkrafttretens der Bestimmung über Widerstd. im PrG. v. 4. Juni 1851 § 8 vgl. EG. § 4 N. 8.

31) Die ordentliche Strafe ist Gefängnis v. 14 T.—2 J.

Für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13b ff.) ist die Strafe wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—1000 M. (§ 27); wegen der obligatorischen Anwendung dieser milderen Strafe vgl. T. I Abschn. 4 N. 16.

Im Falle des Abs. 3 treten „dieselben Strafvorschriften" ein, d. h. sowohl die ordentliche Strafsanktion des Abs. 1 wie die außerordentliche des Abs. 2.

32) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^1, 75^1.

Digitized by Google

§. 114.

Wer es unternimmt, durch Gewalt oder Drohung eine Behörde oder einen Beamten zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nöthigen, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe bis zu zwei Jahren ein.

PrStGB. § 90. Entw. I § 95, II § 112. StB. S. 431 f.
Entw. d. StGN. Art. I § 114. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 647 ff.

Vgl. § 115 sowie MStGO. § 63[1], G. v. 21. Nov. 1887 zur Ausführung d. internat. Vertr. z. Schutze der unterseeischen Telegraphenkabel v. 14. März 1884 § 3, BranntweinsteuerG. i. d. F. v. 16. Juni 1895 § 27[2], ZuckerstG. v. 27. Mai 1897 § 53[2], SchaumweinstG. v. 9. Mai 1902 § 19 Abs. 2b.

1) Das Verg. aus § 114 richtet sich unmittelbar gegen „eine Behörde oder einen Beamten"; eine Beschränkung auf gewisse Behörden oder Beamten ist nicht hinzugefügt. Wegen des Begriffes „Beamter" findet deshalb lediglich § 359 Anwendung (Binding Lb. 2 754, Hälschner 2 821), weshalb auch die berufsmäßigen Militärpersonen (§ 359 N. 8a), insbs. die Offiziere des aktiven Heeres hierher gehören (RG. II 16. Juni 96 E. 29 15), während als „Behörde" nicht bloß eine „Obrigkeit" i. S. des § 110 (das. N. 19a) anzusehen ist, sondern vielmehr jedes (unmittelbare oder mittelbare) Organ der Staatsgewalt, welches dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staats tätig zu sein; RG. I 13. Mai 80, III 8. Feb. 82, R. 1 770, 4 135, Geyer 2 140, Hälschner aO. (Kirchenbehörden seien ausgeschlossen); vgl. auch Meves N. 3, der Kreis der Beamten sei für unbegrenzt zu erachten, sowie Oppenh.-D. N. 7, es sei gleichgültig, ob die Tätigkeit der Behörde nach außen hin oder nur im inneren Organismus sich äußere, dagegen Johow HH. 3 129 N. 5, es spreche § 114 nur von solchen Beamten 2c., denen ein imperium zustehe, worunter man jedoch nur die Befugnis, Amtshdlgen vorzunehmen, verstehen dürfe

Der Unterschied zwischen „Behörde" und „Beamten" (§§ 134, 136, 137, 196) — bezüglich deren eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulässig erscheint (Wertheimer Mischgesetze S. 33) — besteht keineswegs darin, daß jene ein Kollegium bezeichnet, vielmehr kann sie auch nur aus einem einzigen (von subordinierten Untergebenen unterstützten) Beamten bestehen; RG. III 8. Jan. 83 E. 8 5 (btr. § 164), Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 4. Der Begriff der „Behörde" als des ideellen Subjekts derjenigen Rechte und Pflichten, die mit der Führung der zu einem Amte geeinigten Geschäfte verknüpft sind (Laband Staatsr. 1 339), setzt vielmehr notwendig nicht lediglich eine selbständige persönliche Wirksamkeit des Beamten, sondern eine selbständige, durch Recht und Verfassung dauernd geregelte, Organisation des Amtes voraus; das Amt (auch ohne kollegiale Verfassung) muß als solches in einer bestimmt geregelten Gliederung ein organischer Bestandteil der Amts- und Behördenverfassung geworden sein; von den Behörden unterschieden sind daher deren Bedienstete, wie z. B. namentl. die rein exekutiven Organe des Polizeidienstes; RG. zit. E. 8 5, IV 24. Feb. 88, VStS. 14. Nov. 88 E. 17 341, 18 246; vgl. auch OAA. zu VStS. 27. Apr. 04 E. 37 178 (183).

Als Behörde (worunter auch eine militärische zu verstehen; Dresden 19. März 77 St. 7 262) ist beispielsweise in der Praxis des RG. a. erachtet worden:

das „Ehrengericht" einer D. Anwaltskammer; III 20. Feb. 88 R. 10 168;
ein „Schöffengericht"; III 16. Mai 89 E. 19 260;
eine „Gerichtskasse" in Pr.; II 10. Jan. 88 R. 10 23;
ein „Gemeinderat" in Baden; zit. R. 1 770;
der „Magistrat" einer PrStadt; III 8. Feb. 82 R. 4 135;
eine städt. Sparkassenverwaltung in Pr.; 1 1. Mai 82 E. 6 247;
die Organe der Universitäten, namentl. deren einzelne Fakultäten; II 9. März 88 E. 17 208 (btr. der PrUniversitäten u. Rostocks);

Digitized by Google

b. nicht erachtet worden:

ein „Notar" im Gebiete des PrNotariatsG. v. 11. Juli 1845, wenn ihm auch einzelne behördliche Funktionen übertragen seien; zit. E. 18 246 (vgl. §§ 154 N. 2_3, 156 N. 3, 360^4 N. b);

der Kommandant einer Braunschw. Gendarmeriestation; IV 28. Sept. 00 E. 33 383 (btr. § 164);

ein Bayer. Distrikts- o. Bezirkstechniker; ein Bad. Waisenrichter; der „Vorstand" einer Berufsgenossenschaft; I 5. März 94, 13. Nov. 99, IV 1. Okt. 01, E. 25 140, 32 365, 34 367 (sämtlich btr. StPO. § 255);

2) Die Vorschriften des § 114 sind bestimmt, die Freiheit der Willensbestimmung der Behörden und Beamten zu schützen; denn das dort unter Strafe gestellte „Unternehmen" (§ 105 N. 2) bezweckt die — selbstverständlich, wie im § 240, widerrechtliche — „Nötigung" (§§ 52 N. 2, 105 N. 3) der eben Bezeichneten „zur Vornahme oder Unterlassung" einer Amtshdlg.; demnach findet also § 114 Anwendung, wenn eine in der Zukunft liegende Entschließung der Behörde 2c. herbeigeführt o. verhindert werden soll; so RG. III 23. Feb. 88 N. 10 179 sowie die N. 7a zitt. E. 3 334, 20 35, N. 9 525. War die Behörde 2c. bereits zur Vornahme o. Unterlassg. der Amtshdlg. entschlossen, so findet § 114 nur Anwendung, wenn die Nötigung eine andere Zeit der Vornahme o. Unterlassg. bzw. eine andere Weise der Ausführung erzwingen wollte; Meves N. 5.

3) Als Mittel der Nötigung kommen, mit Zulässigkeit einer alternativen Feststllg. (§ 47 N. 29; Wertheimer Mischgesetze S. 33), „Gewalt oder Drohung" in Betracht.

a) Die „Gewalt", wegen deren Richtung, direkt oder indirekt gegen die Person des Beamten, § 113 N. 23a zu vergleichen, kann, sowie es um die Nötigung zu einer Unterlassung sich handelt, auch vis absoluta sein (so auch Geyer 2 140), während sie als Nötigungsmittel zur „Vornahme einer Amtshdlg." nur als vis compulsiva zu verstehen ist, da hier nicht eine (den Begriff der Hdlg. im Grunde aufhebende) „unwiderstehliche Gewalt", wie im § 52 (das. N. 3), verlangt wird; so H. Meyer S. 650 (ohne Einschränkung), ferner: Hälschner 2 821 u. GS. 35 11, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 6, die jedoch auch im ersteren Falle vis absoluta ausschließen, und zwar Hälschner, weil diese nicht ein Unterlassen, sondern nur ein Dulden verursache; die Anwendung von vis absoluta, um eine Amtshdlg. zu verhindern, soll nur nach § 113 o. § 239 strafbar sein.

b) Die „Drohung", wegen deren § 48 N. 11a zu vergleichen, kann auch dahin gehen, „gegen einen Dritten etwas zu verüben", braucht also nicht direkt gegen den zu Nötigenden (oder einen Angehörigen) sich zu richten, wenn das dem Dritten in Aussicht gestellte Übel zugleich als ein solches für den zu Nötigenden erscheint; RG. III 21. Mai 81 N. 3 317, Binding Lb. 2 754. Das dem zu Nötigenden in Aussicht Gestellte muß nach dem Willen des Täters für den Bedrohten ein Übel enthalten, durch dessen Androhung dieser in die seine Willensfreiheit beschränkende Furcht versetzt wird, das Übel erdulden zu müssen; RG. IV 6. Mai 84 N. 6 358; dazu ist nicht erforderlich, daß das Übel als ein unmittelbar bevorstehendes in Aussicht gestellt sei, da auch die Vorstellung eines erst später zu verwirklichenden Übels geeignet sein kann, auf den Willen des Bedrohten in der vom Drohenden gewollten Richtung einen Zwang auszuüben; RG. IV 5. März 01 E. 34 206. Die Drohung braucht keine solche „mit strafbaren Hdlgen." zu sein (vgl. die nähere Ausführung in der entsprechenden N. der vorigen Aufl.); RG. zitt. N. 6 358, IV 8. Nov. 89 E. 20 35 (Androhung einer nicht strafb., ja selbst einer berechtigten Hdlg.), Geyer 2 141, Hälschner 2 281, Meves N. 6, Oppenh.-D. N. 4, jetzt auch Binding aO. N. 2 (unter Aufgabe der Normen 2 557 N. 757 vertretenen gegenteiligen Ansicht). Das Inaussichtstellen einer Beschwerde gegenüber einem Beamten, insbs. eine Beschwerde ans OLG. gemäß StPO. § 170 gegenüber einem StA., stellt nicht ohne weiteres das Inaussichtstellen eines Übels und somit eine Drohung dar; RG. III 25. Mai 03 E. 50 291; im übrigen vgl. § 253 N. 5_2.

4) Das Unternehmen der Nötigung geht zwar auf „Vornahme oder Unterlassung einer

Digitized by Google

Amtshandlung" ganz im allgemeinen; danach aber kann § 114 nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein Zusammenhang der Drohung mit einer konkreten Amtshdlg. des Bedrohten erkennbar vorliegt; RG. IV 5. März 01 E. 34 206. Dabei kann nach dem Begriffe des Unternehmens die Hdlg. nur in derj. Gestalt zugrunde gelegt werden, in der sie vom Täter gedacht war; insoweit ist die Vorstellung, von welcher der Täter ausgeht, maßgebend; RG. II 16. Juni 96 E. 29 15, Binding 26. 2 754 N. 5. Die durch die Tat angestrebte Hdlg. des Beamten stellt aber nur dann als „Amtshandlung" sich dar, wenn sie innerhalb seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit gelegen und vermöge dieser vorzunehmen ist; so RG. I 24. Sept. 88 E. 18 350 (i. c. verneint btr. der Zeugnisablegung vor der zuständigen Behörde, soweit diese als eine jedem Staatsbürger obliegende Pflicht erscheine); aM. btr. der örtl. Zuständigkt.: Binding aO. S. 755, Rüd.-St. N. 3. Über den Einfluß eines Irrtums hinsichtlich der Beschaffenheit einer Hdlg. als Amtshdlg. bei Bekanntschaft mit allen in Betracht kommenden tatsächl. Verhältnissen vgl. das zu § 59 N. 31 a α zit. RG. G. 42 404. Auf die Art der Amtshdlg., deren Vornahme oder Unterlassung erzwungen werden soll, kommt zunächst für den Tatbestand nichts an; es ist also namentl. gleichgültig, einerseits ob die vorzunehmende Hdlg. an sich eine unrechtmäßige oder rechtmäßige bzw. sogar eine solche sein würde, zu welcher der Beamte verpflichtet ist, andererseits ob die zu unterlassende Hdlg. eine rechtmäßige, notwendige, zweckmäßige oder das Gegenteil davon war; RG. I 13. Mai 80 N. 1 770 (insbs. btr. der Rechtmäßigkt. der Hdlg.), Berlin 20. Feb. 77, 21. Juni 76, 19. März 79, St. 7 42, O. 17 444, 20 145, Binding aO., Geyer 2 140, Hälschner 2 821, Merkel S. 391, Meves N. 4, Oppenh.-D. N. 14.

5) Was speziell die Nötigung „zur Unterlassung einer Amtshdlg." betrifft, so ist eine Beschränkung dahin, daß sie nur auf eine noch nicht begonnene, erst in Aussicht stehende Amtshdlg. sich beziehe, weder in der Natur der Sache noch in der Ausdrucksweise des Gesetzes begründet; so Berlin 6. Juli 76 G. 24 551 (btr. einer bereits begonnenen Reinigung eines Dorfgrabens seitens des Gemeindevorstehers); aM. Berlin 20. Feb. 77, 20. März 79, St. 7 42, O. 20 151. Diese Beschränkung trifft vielmehr nur zu, insofern der Beamte, gegen den die Handlung sich richtet, ein Vollstreckungsbeamter ist (N. 7a). War aber die Amtshdlg. noch nicht begonnen, so muß allerdings vorausgesetzt werden, daß wenigstens nach der Vorstellung des Drohenden eine Amtsausübung des Bedrohten in bestimmter Richtung demnächst, wenn auch nicht unmittelbar, zu erwarten steht, während es nicht genügt, daß der Dolus des Drohenden auf das Bewußtsein von der abstrakten Möglichkeit der Vornahme einer gewissen Amtshdlg. seitens des Bedrohten sich beschränkt; so das N. 4 zit. RG. E. 34 206.

Erforderlich ist, daß die Hdlg., deren Unterlassung erzwungen werden soll, den Charakter einer Amtshandlung bewahre; Berlin 25. Sept. 72, München 20. Apr. 74, St. 2 81, 3 292. Geschieht dieses, so ist, von dem Falle der erlaubten Notwehr gegen widerrechtl. Amtsausübung selbstverständlich abgesehen (§ 113 N. 29b), sogar gleichgültig, ob sie innerhalb der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit des Beamten geschah; so Rüd.-St. N. 3; aM. Meves N. 4.

6) Wegen des Dolus vgl. N. 4 u. 5 sowie § 113 N. 27.

7) Wegen des Verhältnisses des § 114:

a. zum § 113 ist zunächst zu beachten, daß jemand, der durch Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt einem in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes begriffenen Vollstreckungsbeamten in der Absicht, der Vollstreckungshdlg. selbst entgegenzutreten, Widerstand leistet, somit den Tatbestand des § 113 erfüllt, dadurch gleichzeitig unternehmen kann (nicht muß; vgl. § 113 N. 21), durch Gewalt oder Drohung einen Beamten zur Unterlassung einer Amtshdlg. zu nötigen; er begeht demnach möglicherweise eine Handlung, die auch unter den Tatbestand des § 114 fällt. Da aber der Tatbestand des § 113 in der hervorgehobenen Richtung durchweg enger ist als derjenige der charakterisierten Richtung des § 114, so tritt nicht eine Idealkonk. (§ 73) beider §§. ein, sondern § 113 muß ausschließlich Anwendung finden, was zu dem allerdings unbefriedigenden Resultat führt, daß den Vollstreckungsbeamten aus § 113 nicht ein erhöhter, sondern ein ver-

Digitized by Google

minderter Schutz erwächst, indem die Strafsatzung des § 114 die härtere ist. Es liegt hier ein schon aus dem PrStGB. §§ 89, 90 übernommener Redaktionsfehler (aM. Pfaum Gesetzeskonk. — 1898 — S. 24) vor, der jedoch nicht in der Hineinziehung der Nötigung zu Unterlassungen in den § 114 besteht — denn das mußte geschehen, sollten nicht viele strafwürdige Hdlgen straflos bleiben, — sondern lediglich in der Differenz der Strafsatzungen in den beiden §§. Diesen Fehler hat die SeemannsO. in ihren analogen Bestimmungen der §§ 103, 104 vermieden, indem sie in beiden Fällen „dieselben Strafbestimmungen" Anwendung finden läßt. So: RG. II 4. Feb. 81 E. 3 334, (mit dem Hinzufügen, es könne § 114 bei Vollstreckungsbeamten nur in Frage kommen, wenn die Amtshandlung noch nicht begonnen, oder wenn sie bereits vollendet war, als auf sie durch Gewalt oder Drohung eingewirkt wurde), I 12. Mai 81, 10. März 84, E. 4 143, R. 6 178 (Bedrohung eines Beamten, der nicht Vollstreckungsbeamter, behufs Hinderung der Amtshandlung sei aus § 114 strafbar), III 17. Jan. 87, 30. Apr. 91, IV 8. Nov. 89, II 18. Jan. 98, E. 15 227, 22 227, 29 35, 31 3, IV 21. Okt. 87, III 23. Feb. 88, R. 9 525, 10 179, Berner S. 388, Binding Lb. 2 759, 783, Geyer 2 141, Hälschner 2 822, 833, Merkel S. 391 u. HH. 4 226, H. Meyer S. 651, Schütze S. 266 N. 24, Frank N. 1, Meves § 113 N. 6, Oppenh.-D. N. 17, v. Schwarze N. 7. AM. v. Liszt S. 556 (Idealkonk. sei möglich). Vielfach (vgl. die N. 5 zitt. Berlin St. 7 42, O. 20 151 sowie Rüd.-St. § 113 N. 13) wird der Unterschied zwischen den Tatbeständen der §§ 113 u. 114 — zu weit gehend — darin gefunden, daß allgemein und stets § 113 eine bereits begonnene, § 114 aber eine erst in Aussicht stehende Amtshdlg. im Auge habe, während der GStA. zu der letzteren Entsch. den Unterschied als den zwischen Hdlg. im Affekt (§ 113) und mit Überlegung (§ 114) bezeichnet; vgl. § 105 N. 2. In wesentlicher Übereinstimmung mit der von Goltd. (Mat. 2 126, G. 10 256) zum PrStGB. §§ 89, 90 entwickelten Ansicht nimmt John, HH. 3 127, an, daß „der Angriff gegen diejenigen staatlichen Organe, deren Amtsbefugnis darin bestehe, festzustellen, welches der Wille der Staatsgewalt sei", durch § 113, derjenige „gegen einen Beamten, welcher im einzelnen Falle die Ausführung dessen vorzunehmen hat, was die Staatsgewalt wollte", durch § 114 bedroht werde; ähnlich Habermaas Idealkonk. S. 68;

b. zum § 117 vgl. das. N. 15;

c. zum § 240 vgl. daselbst N. 14a.

8) Die ordentliche Hauptstrafe ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16).

Für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13b ff.) ist die Strafe Gefängnis von 1 J.—2 J.; wegen der obligatorischen Anwendung dieser milderen Strafe vgl. insbs. das. N. 16

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^1, 75^1.

§. 115.

Wer an einer öffentlichen Zusammenrottung, bei welcher eine der in den §§. 113 und 114 bezeichneten Handlungen mit vereinten Kräften begangen wird, Theil nimmt, wird wegen Aufruhrs mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten bestraft.

Die Rädelsführer, sowie diejenigen Aufrührer, welche eine der in den §§. 113 und 114 bezeichneten Handlungen begehen, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 91. Entw. I § 96, II § 113. StB. S. 433 f.

1) Das Delikt des „Aufruhrs" (vgl. § 307^2) setzt eine „öffentliche Zusammenrottung" voraus.

a) Unter einer „Zusammenrottung" (vgl. §§ 122 N. 3, 124, 125^1 N. 1) ist das räumliche Zusammentreten o. -halten einer Mehrheit von Personen zu einem gemeinschaft-

Digitized by Google

lichen, in seiner Rechtswidrigkeit äußerlich erkennbaren, bedrohlichen o. gewalttätigen Handeln zu verstehen; so RG. II 18. Apr. 03 E. 5 57, u. im wesentlichen Berlin 17. Okt. 73, 24. Mai 76, 11. Apr. 77, St. 3 173, 6 183, O. 18 258, Dresden 27. Juli 74, 4. Jan. 75, St. 4 284, 5 282, Binding Lb. 2 805 (S. 806 wird sogar Zusammenrottung zur ev. Beamtennötigung bzw. Widerstand verlangt), v. Liszt S. 556 (404), Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2, Schlesinger Aufruhr S. 52; vgl. auch Berner S. 393, eine von böser Absicht beseelte Anzahl Menschen. Daß ein räumliches Zusammenhalten die Voraussetzung bilde, derartig, daß bei räumlicher Trennung der Personen von ihrer „Zusammenrottung" keine Rede sein könne, erkennen insbs. RG. II 1. Juni, III 25. Sept. 80, 29. Apr. 86, E. 2 80, 3 1, N. 8 322 (alle btr. § 122) an. Eine bloß zufällige oder wenigstens nicht zu dem bezeichneten rechtswidrigen Handeln zusammengetretene Vereinigung von Menschen, insbs. ein „Auflauf" i. S. des § 116, kann zu einer Zusammenrottung sich gestalten, wenn und soweit die bereits Vereinten in dem Bewußtsein zusammenbleiben, es handle sich um die Verübung der verpönten Gewalttätigkeit rc. (N. 4); RG. IV 11. Apr. 93 G. 41 42 (btr. § 125), Berlin 10. Mai 75 O. 16 363, Berner S. 393, Binding aO. S. 806, Hälschner aO., John HH. 3 132, Schütze S. 277 N. 8, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 4, Schlesinger aO. S. 52.

b) Eine Zusammenrottg. ist für eine „öffentliche" i. S. des § 115 zu erachten nicht mit Rücksicht auf die Öffentlichkeit des Ortes, wo sie stattfindet (Berlin 2. Apr. 75 O. 16 265 btr. § 125, Hälschner 2 826, Oppenh.-D. N. 6), auch nicht — wie i. F. des § 110 (das. N. 5) — mit Rücksicht auf ihre Wahrnehmbarkeit seitens beliebiger Personen, sondern nach dem Grunde der Gesetzesbestimmung offenbar mit Rücksicht auf die, den Teilnehmern bewußte (zit. RG. G. 41 42) Beteiligungsmöglichkeit nicht individuell bestimmter, sondern beliebiger, unbestimmt welcher und wievieler, Personen; RG. IV 14. März 90, III 19. Feb. 91, E. 20 298, 21 370, zit. RMG. E. 5 57, Binding Lb. 2 807, Hälschner aO., John HH. 3 131 N. 2, v. Liszt S. 404, H. Meyer S. 652, Oppenh.-D. aO., Meves G. 35 311.

2) Für die Frage, eine wie große Anzahl von Menschen zu einer Zusammenrttg. mindestens erforderlich sei, ist zu beachten, daß das PrStGB. § 91 mit den Worten: „Wenn mehrere Personen öffentlich sich zusammenrotten" nach seiner konstanten Ausdrucksweise (§ 47 N. 1) andeutete, daß eine Zusammenrttg. von nur zwei Personen nicht begangen werden könne. Das MStGB. dagegen, das hinsichtlich der Bedeutung von „mehrere" dem Sprachgebrauche des RStGB. sich angeschlossen hat (Rubo MStGB. S. 9 :), spricht in den §§ 55[3], 106 von einer Zusammenrottung „mehrerer". Demnach scheint, obschon das StGB. f. d. PrHeer § 140 zum Aufruhr noch ausdrücklich die Zusammenrttg. von „drei oder mehreren Personen" verlangte, das MStGB. sowenig wie das RStGB. auf die Anzahl ein Gewicht zu legen; während Entw. I (wie jetzt § 125) noch die Zusammenrttg. einer Menschenmenge fordert, begnügt § 115 sich lediglich, wie § 122, mit einer „Zusammenrottung", die allerdings dort eine „öffentliche" sein muß. Allein da das Moment des „Öffentlichen" nur die Beteiligungsmöglichkeit (N. 1 b) einer unbestimmten und unbegrenzten Personenzahl bezeichnet, ohne irgendwie eine Bestimmung für die Größe der Menschenzahl zu enthalten, die tatsächlich teilgenommen haben muß, so wird man zu dem Resultate gelangen, daß i. S. des RStGB. eine „Zusammenrottung" — und auch eine „öffentliche" — begrifflich nicht mehr als zwei Personen erfordere (§ 122 N. 3); so Heilborn ZStrW. 18 174, 182; aM. Binding Lb. 2 805, H. Meyer S. 651 u. Rüd.-St. N. 4, die eine Menschenmenge fordern. Ob aber im konkreten Falle eine zur Annahme einer öffentl. Zusammenrttg. genügende Anzahl Menschen vorhanden gewesen sei, unterliegt tatsächlicher Beurteilung (Berlin 24. Mai 76 St. 6 183, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 2, auch Rüd.-St. N. 4), und dafür wird allerdings, wie Hälschner 2 826, Frank N. II 1 u. Schlesinger Aufruhr S. 51 zutreffend annehmen, maßgebend sein, ob aus der Personenzahl gerade durch ihre Größe eine Gefahr für die öffentl. Ordnung erwachse (vgl. § 110 N. 7[2]); anschließend auch Binding aO. N. 4.

3) Jedes Zusammenrotten i. S. der N. 1 ist ein normwidriges Handeln, allein erst eine hinzutretende Qualifikation bewirkt die Strafbarkeit der Zusammenrottung (N. 4); Binding Normen 1 226. Diese Qualifikation der Zusammenrottung besteht darin, daß „bei" der letzteren „eine der in den §§ 113 u. 114 bezeichneten Handlungen be-

Digitized by Google

gangen wird" und zwar „mit vereinten Kräften". Soweit § 117 lediglich eine Schärfung des § 113 darstellt, soll nach Binding Lb. 2 804 der § 117 in dem Zitat des § 113 einbegriffen sein.

a) Wenn das Gesetz verlangt, daß eine der fraglichen Hdlgen „bei" der Zusammenrottung begangen werde, so ist das insofern nicht völlig korrekt, als damit nicht für genügend hat erklärt werden sollen, daß eine der Hdlgen gelegentlich der Zusammenrottung begangen sei (so jedoch die früheren Aufl. des Komm.), vielmehr muß die Hdlg. infolge der Zusammenrottung begangen sein; Berlin 24. Mai 76 St. 6 184. Es muß also, wenn auch nicht der einzelne Aufrührer die in den §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen selbst begehen wollte, so doch der Wille, daß die §§ 113, 114 verletzt würden, den einzelnen die Zusammenrttg. bildenden Individuen gemeinsam sein; so auch: Dresden 4. Jan. 75 St. 5 282, Binding Lb. 2 808, Hälschner 2 825, Schütze S. 268, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 6, Heilborn ZStrW. 18 200, Schlesinger Aufruhr S. 55.

b) Daß die fr. Hdlgen seitens einzelner der Zusammengerotteten begangen sein müssen, erhellt ohne weiteres. Einer Feststellung aber derjenigen der Zusammengerotteten, welche die Hdlgen begangen haben, bedarf es nicht; Binding Lb. 2 808, Hälschner 2 827, John HH. 3 311.

c) Eine „Begehung mit vereinten Kräften" erfordert nicht notwendig eine Begehung seitens mehrerer strafrechtl. verantwortlicher Personen; Binding Lb. 2 813, noch weiter gehend Freudenthal Notw. Teiln. S. 128 ff., 135. Sieht man aber davon ab, so wird auch unter den zurechnungsfähigen Personen keine Mittäterschaft erfordert (aM. Binding Lb. 2 809, 818, für den Fall des Verbr.); hierfür spricht nicht nur der Gebrauch des im Vergleiche zu „Ausführung" farblosen Ausdruckes „Begehung" (§ 47 N. 8), sondern namentl., daß die Worte „mit vereinten Kräften" keineswegs eine Gleichstellung der Mitwirkenden hinsichtlich der juristischen Qualifikation ihrer Hdlg. bezeichnet; deshalb kann jene auch schon dann angenommen werden, wenn nur einer als Täter, die anderen aber bei der Tat als Gehilfen mitwirken; so: Hälschner 2 824, Schlesinger aO. S. 56, u. anscheinend Geyer 1 137; aM.: Binding aO., John HH. 3 130, Frank N. III 2, Freudenthal aO. S. 136 (es müßten durchgängig Täter- o. Ausführungshdlgen vorgenommen sein).

Übrigens liegt nach dem zu a Bemerkten eine Begehung „mit vereinten Kräften" schon dann vor, wenn die Handlung als solche, nicht jeder ihrer Akte, wie z. B. jede einzelne Widerstandleistung (RG. I 6. März 90 E. 20 303 btr. § 125), mit vereinten Kräften ausgeführt wird; dazu genügt aber, daß ein einzelner physisch die btr. Handlung vornimmt, wenn nur die zusammengerottete Menschenmenge billigend dahinter steht; so in der Sache: Berlin 8. März 76 St. 6 193 (btr. § 122), H. Meyer S. 652, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 8, Schlesinger aO. S. 56, und schon für das PrStGB. Goltd. Mat. 2 135, während Hälschner, John, Frank N. II 4 u. Rüd.-St. aO. die Vereinigung der Kräfte mindestens zweier Personen zur Ausführung der btr. Handlung verlangen.

4) Bestraft wird wegen Aufruhrs, wer an einer qualifizierten Zusammenrttg. der N. 3 charakterisierten Art „teilnimmt". Ist auch dieser Ausdruck offensichtlich hier so wenig wie im § 116$_2$ (das. N. 10), § 124 (das. N. 3), § 125 (das. N. 2), in den §§ 128 (das. N. 1), 129 sowie im § 227 (das. N. 8) in der technischen Bedeutung der Überschrift des T. I Abschn. 3 gebraucht (gelegentlich RG. I 3. Jan. 84 E. 9 370 [380]: nicht i. S. der §§ 47 ff., sondern in dem des gewöhnlichen Lebens), so wird man den Teilnahmebegriff wenigstens insoweit festzuhalten haben, daß körperliche und geistige, mit dem Wissen und Willen der Zusammenrttg. verbundene Beteiligung an dieser statthaben müsse; deshalb ist Teilnehmer ein jeder, der vorsätzlich u. mit Kenntnis von dem strafb. Zwecke der Zusammenrottung der zusammengerotteten Menge sich angeschlossen hat oder der mit dem Bewußtsein, in einer zu einem ihm bekannten Zwecke zusammengerotteten Menge sich zu befinden, den Willen verbindet, als ein Teil dieser Menge in derselben zu verbleiben; RG. I 1. Juli 80 N. 2 150, RMG. II 18. Apr. 03 E. 5 57, Dresden 4. Jan. 75 St. 5 284, Berlin 10. Mai 75 D. 16 363, bzw. btr. § 125: RG. IV 16., 20. Mai 90, 11. Apr. 93, E. 20 403, 405, G. 41 42; so ferner im wesentlichen: Binding Lb. 2 807, Hälschner 2 827, John

Digitized by Google

HH. 3 134, Schütze S. 268 u. Notw. Teiln. S. 375, Leichmann HRl. „Aufruhr", Frank N. II 3, Oppenh.-D. N. 3, 10, Heilborn ZStrW. 18 206, Schlesinger Aufruhr S. 59.

Die Strafbarkeit des einzelnen hängt nicht davon ab, ob durch seine Teilnahme erst eine Zusammenrttg. gebildet wird oder ob er einer bereits bestehenden Zusammenrttg. sich „anschließt" (§ 127$_3$); John HH. 3 133, Rubo N. 4.

5) Was den Dolus des Aufrührers anbetrifft, so wird nicht nur erfordert, daß der Betreffende in der N. 4 bezeichneten Weise an einer vom Gesetze erforderten Zusammenrttg. teilnahm, sondern namentl. auch, daß er wußte, es werde bei dieser eine der in den §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen, nicht bloß irgendwelche unerlaubte, gewalttätige Hdlg., mit vereinten Kräften begangen werden. So bezüglich des letzteren Punktes: Hälschner 2 827, John HH. 3 132, auch wohl die N. 4 zitt. RG. N. 2 150 u. Dresden St. 5 282; aM.: Binding Lb. 2 807, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 6.

6) Nach Absatz 2 erscheinen die „Rädelsführerschaft" sowie die „Begehung einer der in den §§ 113, 114 bezeichneten Handlungen seitens eines Aufrührers" als straferhöh. Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, bezüglich deren ein ideales Zusammentreffen (§ 73 N. 21a) möglich ist; Wertheimer Mischgesetze S. 33.

a) Der Ausdruck „Rädelsführer" ist nach den Motiven z. Entw. II §§ 121—123 dem gemeinen Sprachgebrauche entnommen und soll deshalb einer Erklärung nicht bedürfen. Letzteres erscheint zweifelhaft; nach John HH. 4 133 N. 5 soll über den Begriff überhaupt nichts Juristisches sich sagen lassen. Das PrStGB. brauchte den Ausdruck nicht, wohl aber bediente das PrALR. II 20 sich seiner wiederholt; es verstand darunter ausweislich der §§ 65, 68 den „Haupturheber", der die „übrigen zum Verbrechen verleitet hat". Diese Bedeutung ist jedoch angesichts der Ableitung des Wortes zu eng; denn es bezeichnet den „Führer" eines „Rädchens" (vgl. Sachs-Villatte Deutsch-Französ. Lexikon sowie v. Liszt S. 227 N. 6), d. h. eines Kreises sich zusammenstellender Personen, oder nach Wandlung des Sprachgebrauches dahin, daß das ursprünglich neutrale Wort nur im bösen Sinne gebraucht wurde (Schütze S. 269 N. 32), einer Zusammenrottung. Diese „Führung" oder Anführung der Zusammenrottung kann in verschiedener Weise sich betätigen, sei es im Zusammentreiben und -halten der Aufrührer, sei es in der Bestimmung des unerlaubten Handelns oder durch die geistige Leitung bei diesem, sei es durch die körperliche Hinführung zu dem in Aussicht genommenen Orte des gesetzwidrigen Treibens; wesentlich übereinstimmend: Binding Lb. 2 798, Hälschner 1 433, v. Liszt aO., Rüd.-St. N. 7, Schlesinger Aufruhr S. 62; vgl. ferner: Geyer 2 94 (R. sei, wer die Ausführung des Verbr. durch psychische u. physische Tätigkeit leitend, während derselben als Anstifter wirke), H. Meyer S. 652 (R. sei der Leiter der Ausführung selbst o. doch eines wesentlichen Teiles derselben), Schütze S. 269 (Planleger, Anführer u. Wortführer), Rubo N. 6 (Leiter bei Vornahme der unerlaubten Handlungen). Mit Recht schließt Oppenh.-D. N. 12 „wechselseitige Aufreizung durch Geschrei" von der Rädelsführerschaft aus. Übrigens muß auch der Rädelsführer Aufrührer i. S. des Abs. 1 sein; Schütze, Rüd.-St. aO., Oppenh.-D. N. 13.

b) Daß „eine der in den §§ 113, 114 bezeichneten Handlungen" mit vereinten Kräften begangen sei, ist Voraussetzung für die Strafbarkeit des Aufruhrs überhaupt (N. 3); dagegen braucht speziell behufs Anwendung der Strafandrohung des Abs. 2 nicht festgestellt zu werden, daß der einzelne Täter jener Hdlgen einer derjenigen sei, welcher sie „mit vereinten Kräften" verübt habe; so John HH. 3 133 N. 6; aM. Binding aO. S. 809, der übrigens auch Anstftg. für ausreichend hält.

7) Ein Versuch (§ 43, insbs. N. 5$_2$) des Verbr. aus Abs. 2 ist möglich; denn, ehe das Verbr. des Aufruhrs in Frage kommen kann, muß bereits eine Zusammenrttg. der in Abs. 1 bezeichneten Art vorliegen, dadurch aber ist der objektive, nicht auf dem Vorsatz des Täters beruhende Teil des Tatbestandes des Aufruhrverbrechens zur Erfüllung gekommen, so daß nunmehr von einem einzelnen Aufrührer — durch einen begrifflich denkbaren (wenn auch nicht strafb.) Vers. der in §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen — ein Vers. des Verbr. aus Abs. 2 verübt werden kann. So: Schütze S. 268, Rüd.-St. N. 8. AM.: Binding Lb. 2 810, Hälschner 2 827, H. Meyer S. 652 N. 25, Leichmann HRl. „Aufruhr", Frank N. III,

Digitized by Google

Oppenh.-D. N. 16, v. Schwarze N. 14, Schlesinger Aufruhr S. 64, ferner: John HH. 3 134, Baumgarten Versuch S. 412, Heilborn ZStrW. 18 225, die einen Versuch der Delikte aus §§ 113, 114 für nicht denkbar erachten.

8) Teilnahme (T. I Abschn. 3) kann stattfinden; Teichmann HRl. „Aufruhr".

a) Anstiftung (§ 48) ist begrifflich sowohl zum Verg. (Abs. 1) als auch zum Verbr. (Abs. 2) denkbar und zwar zu dem ersteren in der Weise, daß der Anstifter entweder zur Bildung der strafb. Zusammenrttg. überhaupt oder zur Teilnahme einzelner Personen an derselben bestimmt.

b) Beihilfe (§ 49) zum Aufruhr ist gleichfalls denkbar. Zum Verg. aus Abs. 1 zunächst in der N. 4 angedeuteten Weise, indem der „Mitlaufende und Mitschreiende" den Aufrührern durch seine Handlungsweise wissentlich Unterstützung leistet, die als geistige, als körperliche oder als gemischte sich charakterisieren kann (Schütze Notw. Teiln. S. 375), dann aber auch durch Hinweisung dritter Personen zum Orte der Zusammenrottung. Beihilfe zum Verbr. aus Abs. 2 ist beispielsweise in der Weise denkbar, daß jemand einem der Aufrührer ein Mittel zum Widerstand oder Angriffe gegen einen Beamten, etwa ein Messer, darbietet; John HH. 3 134, Schütze S. 268 N. 31, Oppenh.-D. N. 18, Schlesinger Aufruhr S. 62.

c) Da aber Mittäterschaft (§ 47) die Anstiftg. und Beih. konsumiert (§ 73 N. 13 b 2), so kann jemand, der selbst Aufrührer ist, nicht wegen Anstiftg. und Beih. zum Aufruhr bestraft werden; Schütze S. 269 N. 31 u. Notw. Teiln. S. 375, John HH. 3 134, Schlesinger aO. S. 63. Jedoch ist immerhin denkbar, daß ein Aufrührer außerdem Anstifter und Gehilfe zu dem Verbr. aus Abs. 2 sei; denn da die Absicht des Aufrührers an sich nicht darauf gerichtet ist, daß er selbst gegen die §§ 113, 114 verstoße, so ist das Zuwiderhandeln eines Dritten gegen diese nicht seine eigene, sondern eine fremde Tat; Oppenh.-D. N. 17. Allerdings wird dann Idealkonk. (§ 73) anzunehmen sein, wobei die Strafe aus § 115_2 i. V. mit §§ 48 o. 49, als dem härteren Gesetz, zu bestimmen ist.

9) Wg Idealkonk. (§ 73) des Verg. aus Abs 1 mit § 125 vgl. das. N. 6.

10) I. Die Strafe des Verg. (Abs. 1) ist Gef. von 6 Mt.—5 J. (§ 16).

II. a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. (Abs. 2) gilt folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—10 J. (§ 14_2).

Die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) angedrohte Hauptstrafe ist (wie zu I) Gef. von 6 Mt.—5 J.

Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

α. neben Zuchth. ZulPolAufs. (§§ 38 ff.);

β. neben Zuchth. und Gef. nach § 32 VbER.

b) Der Versuch (N. 7) ist nach den §§ 44 ff., insbs. nach § 44_4, zu bestrafen.

11) Es verjährt die Strafverfolgung des Verg. nach § 67_2 in fünf, diejenige des Verbr. nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist für das Verg. Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27;

für das Verbr. SchwurG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 116.

Wird eine auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen versammelte Menschenmenge von dem zuständigen Beamten oder Befehlshaber der bewaffneten Macht aufgefordert, sich zu entfernen, so wird jeder der Versammelten, welcher nach der dritten Aufforderung sich nicht entfernt, wegen Auflaufs mit Gefängniß bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Ist bei einem Auflaufe gegen die Beamten oder die bewaffnete Macht mit vereinten Kräften thätlicher Widerstand geleistet oder Gewalt verübt worden, so treten gegen diejenigen, welche an diesen Handlungen Theil genommen haben, die Strafen des Aufruhrs ein.

PrStGB. § 92. Entw. I § 97, II § 114. StB. S. 434 f.

Digitized by Google

Zu Absatz 1. N. 1—7.

1) Das Vergehen des sog. „Auflaufs" setzt einen nicht strafbaren Auflauf voraus, nämlich die „Versammlung" einer „Menschenmenge" (§ 110 N. 7, insbs. Abs. 2 u. das das. zit. § 116 btr. RG. G. 50 351) „auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen".

Welchen Charakters die „Versammlung der Menschenmenge" sei, ist an sich gleichgültig; sie kann — was eben durch den Ausdruck „versammelt" zum Unterschiede von „zusammengerottet" angedeutet wird (v. Schwarze N. 2) — entweder einen erlaubten bzw. gleichgültigen Zweck verfolgen oder den Charakter einer Zusammenrottung (§ 115 N. 1a), namentl. auch behufs Begehung einer der in den §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen. haben; so: Binding Lb. 2 801, Hälschner 2 828, John HH. 3 135, Schütze S. 262, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 2; aM. Schütze Notw. Teiln. S. 377, insofern er eine zu einem mehr oder weniger strafb. Zwecke zusammengerottete Menge verlangt. Eine Zusammenrttg., die nicht den im § 115, bezeichneten Charakter trägt, erlangt strafrechtl. Bedeutung sogar nur als „Auflauf"; John HH. 3 136.

Die „Versammlung" kann auch auf Verabredung oder Bestellung zu einem nicht unerlaubten Zwecke erfolgt sein; so: Binding aO., Oppenh.-D. N. 2; aM. v. Schwarze N. 2.

2) Die Menschenmenge muß auf „öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen" sich versammelt haben.

a) Hier wird sonach ausdrücklich nicht die Öffentlichkeit der Hdlg. erfordert (§ 110 N. 5), sondern vielmehr, wie auch in den §§ 243[4], 250[3], 304 und in zahlreichen Vorschriften des Übertretungsabschn. — die Öffentlichkeit des Ortes, wo die Hdlg., hier speziell die Versammlung, stattfindet.

Für die Frage, wann ein Ort als öffentlicher anzusehen sei, ist zu beachten, daß man bei der Redaktion des StGB. (vgl. Motive zu T. II Abschn. 7) eine formelle Auffassung des Begriffs „öffentlich" grundsätzlich verworfen hat und daß eine solche deshalb auch da nicht Platz greifen darf, wo es um die Öffentlichkeit des „Ortes" sich handelt. Demnach wird auch jene Frage nicht nach Maßgabe des öffentlichen und des Privatrechts zu entscheiden sein, um so weniger, als § 116 in keiner Weise andeutet, daß der Ausdruck „öffentlicher Weg" im rechtlichen S. zu verstehen sei; RG. IV 17. Juni 90 E. 21 13. Deshalb ist ein Ort als „öffentlicher" zu erachten, wenn und solange er dem öffentlichen Verkehr, d. h. dem Gebrauche des Publikums, freigegeben ist; RG. zit. E. 21 13, III 19. Feb. 91 E. 21 370. Demnach kann auch ein im Privateigentum stehender Weg ein öffentlicher sein; RG. zit. E. 21 13, Binding Lb. 2 801, Merkel HH. 3 720, Frank N. 1 1. An solchen im Privateigentum stehenden Wegen 2c. ist die „Öffentlichkeit" häufig nur eine vorübergehende; so: RG. III 25. Feb. 84 N. 6 149 (btr. § 243[4]), das einen „im Privatbesitze einer Schützenhausgesellschaft befindlichen Schießhausplatz" nur „während der Dauer des Vogelschießens" als einen öffentlichen erachtete, weil er nur so lange dem großen Publikum freigegeben war. AM. Oppenh.-D. N. 4, der Weg 2c. müsse zum Gebrauche des Publikums bestimmt sein.

b) In der Wendung „Wege, Straßen, Plätze", die auch sonst in gleicher oder in ähnlicher Weise wiederkehrt, ist speziell zwischen „Wegen" und „Straßen" der — übrigens bei der Gleichwertigkeit der Merkmale nicht ins Gewicht fallende — Unterschied zu machen, daß letztere die öffentlichen Verkehrswege in den Städten und Dörfern, jene alle übrigen Wege, einschließlich der sog. Landstraßen, bezeichnen (vgl. namentl. Nr. 2 des § 366 mit Nr. 3 das.); v. Schwarze § 250 N. 4, Villnow Raub S. 31, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 40. Auch „Wasserstraßen" (§§ 243[4], 366[3]), sofern sie öffentlich sind (vgl. RG. FS. 11. Sept. 00 E. 33 371), können in Betracht kommen; Binding aO.

3) Der Auflauf wird durch Verweilen nach einer „von dem zuständigen Beamten oder Befehlshaber der bewaffneten Macht" an die versammelte Menschenmenge gerichteten Aufforderung, sich zu entfernen, zu einer zwar noch nicht strafbaren, aber doch verbotenen, normwidrigen Hdlg.; Binding Normen 1 227, John HH. 3 136.

Das Erfordernis der — sachlichen und örtlichen — Zuständigkeit, die auf Grund der konkreten Verhältnisse an der Hand der in Betracht kommenden Gesetze zu prüfen ist

Digitized by Google

(vgl. Berlin OAG. 4. Okt. 73 St. 3 76, OL. 1. Juni 75 O. 16 407), bezieht sich, wie die ausdrücklich in Abweichung vom Entw. („von dem zuständigen Beamten oder von einem Befehlshaber" 2c.) seitens der RT. beschlossene Fassung des Gesetzes zeigt, auch auf den Befehlshaber der bewaffneten Macht.

a) Was besonders die „Beamten" betrifft, so wird nicht einmal die Behauptung sich rechtfertigen lassen, daß unter allen Umständen nur „Beamte der Polizei" zuständig seien, vielmehr spricht die allgemeine Fassung des StGB. gegenüber der des PrStGB. § 92 („Beamte der gerichtlichen oder der Verwaltungspolizei") bzw. des Entw. I („Beamte der Polizei") gegen eine solche Auffassung. Der Regel nach werden freilich nur Beamte der Polizei zuständig sein, wobei denn freilich wieder speziell zu entscheiden ist, welchen Polizeibeamten die Zuständigkeit beiwohnt. Nach RG. III 15. März 82 E. 6 91 sind „niedere Polizeibeamte" dann als zuständige Beamte zu betrachten, wenn sie die zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung erforderlichen Maßregeln unter eigener Verantwortlichkeit unmittelbar treffen dürfen, wie in Pr. insbs. Gendarmen u. Polizeisergeanten; ebenso I 12. Okt. 85 E. 12 426 (das Gesetz verlange nur zuständige Beamte, ohne diese näher zu bezeichnen; dafür daß „Schutzleute" nicht darunter fielen, fehle es an jedem Anhalt); ebenso Binding Lb. 2 801, Frank N. I 3. AM.: Schütze S. 262, Oppenh.-D. N. 5 u. Rüd.-St. N. 3, nur leitende Polizeibeamte u. die diesen vorgesetzten höheren Beamten seien zuständig.

b) Die Eigenschaft eines „Befehlshabers der bewaffneten Macht" (wegen letzterer vgl. § 113 N. 9) ist an keinerlei Charge geknüpft, so daß dazu z. B. auch ein als Führer einer Patrouille kommandierter Gemeiner rechnet.

Hinsichtlich der Zuständigkeit des Befehlshabers wird im allgemeinen sich nur sagen lassen, daß sie jedenfalls durch Anrufung seitens eines zuständigen Beamten begründet wird; vgl. Berlin OAG. 4. Okt. 73 St. 3 76. Für das unmittelbare Einschreiten einer bewaffneten Macht werden namentl. die Instruktionen für die Wachen und Patrouillen in Betracht kommen.

4) Außer der Zuständigkeit zum Einschreiten fordert das Gesetz nicht noch außerdem die Rechtmäßigkeit; der zwischen beiden Begriffen bestehende Unterschied (vgl. § 113 N. 13 b aE.) ist daher hier unter Umständen von Bedeutung; aM.: Binding Lb. 2 801, John HH. 3 135 N. 1. Vgl. N. 5.

5) Eine besondere Form der „Aufforderung" wird durch § 116 nicht erfordert; etwaige landesgesetzlich vorgeschriebene Formen kommen für seine Anwendung nicht in Betracht. So: Binding Lb. 2 802, Frank N. I 4, v. Schwarze N. 5, auch Schütze S. 262 N. 9, trotzdem er zunächst bemerkt, daß die Form der Aufforderung nach Landesgesetz oder Herkommen sich bestimme. AM.: Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 4.

Die Aufforbrg. muß an die versammelte Menschenmenge sich richten; eine Aufforbrg. an einzelne Personen aus ihr kommt deshalb nicht in Betracht; RG. I 12. Okt., IV 21. Nov. 85, E. 12 426, 13 66, Berlin OAG. 4. Okt. 73 St. 3 76, Binding aO., Hälschner 2 828, Frank aO., Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 5. Andererseits ist aber das, worauf die Aufforbrg. abzielt, nicht etwa das Sichentfernen der Menschenmenge als solcher, sondern in Wahrheit deren Auseinandergehen, welches dadurch zustande kommt, daß jeder einzelne von dem Versammlungsorte sich entfernt, wobei zwar das zufällige Zusammenbleiben einzelner Personen, nicht aber das Versammeltbleiben der Menschenmenge sich zutragen kann; Schütze Notw. Teiln. S. 377. Es wird daher gegen die ergangene Aufforbrg. gehandelt, wenn die Menschenmenge geschlossen sich entfernt; denn das ist nicht das im Gesetze gemeinte Entfernen, weil dadurch die Gefahr, daß der Auflauf in Aufruhr übergehen könne, bestehen bleibt. So: Binding aO., Hälschner 2 829, Schütze S. 262 N. 7, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 6 A. 9. AM.: John HH. 3 135 N. 2, Frank N. I 5.

6) Strafbar wird die Nichtentfernung erst „nach der dritten Aufforderung". Es muß deshalb auch bei ihrem Ergehen noch eine Menschenmenge versammelt sein; Rubo N. 7. Dagegen ist nicht notwendig, daß auch nach der dritten Aufforderung noch eine Menge zurückgeblieben sei; die zu den „Versammelten" (nicht die zu den „versammelt Gebliebenen")

Digitized by Google

Gehörigen werden strafbar, wenn sie nicht nach der dritten Aufforderung sich entfernen; RG. I 12. Okt. 85 E. 12 426, Binding Lb. 2 803, Frank N. 1 5, Oppenh.-D. N. 6.

Da die Aufforderungen dahin gehen: „sich zu entfernen", so können die Wiederholungen nur dann in Betracht kommen, wenn sie in Zwischenräumen erfolgen, die zur Entfernung hinreichend Zeit lassen, indem sie sonst ihrem Wesen nach nur als eine Aufforderung gelten müssen; Berlin 11. Juli 76 O. 17 501, Binding Lb. 2 802, Frank N. 1 4, v. Schwarze N. 5.

Übrigens spricht das Gesetz wenig passend von dem Vergehen des Auflaufs; denn dieser selbst ist nicht strafbar (N. 1), sondern nur der gelegentlich eines Auflaufs dem Gebote (§ 1 N. 3 b), auf erlassene Aufforderung sich zu entfernen, geleistete Ungehorsam (Binding aO., Hälschner 2 828, John HH. 3 135, v. Schwarze N. 1, Schütze Notw. Teiln. S. 377), so daß es im Falle des Abs. 1 um ein echtes Unterlassungsdelikt sich handelt; so: Binding Lb. 2 803, Frank N. 1, Schwalbach GS. 31 549, Seligsohn G. 28 220, Aldoffer Unterlassungsdel. S. 131, Landsberg Kommissivdel. S. 195; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 394, es sei ein Kommissivdel. durch Unterlassung.

7) Der Dolus bei dem Verg. des Auflaufs, das zweifellos ein vorsätzliches ist (T. I Abschn. 4 N. 4), besteht in dem Wissen und Wollen des gesamten Delikts-Tatbestandes.

Daraus folgt zunächst, daß das „Sichnichtentfernen" ein vorsätzliches sein muß; ein in der Menschenmenge unfreiwillig Festgehaltener ist nicht wegen Auflaufs zu bestrafen; Binding Lb. 2 803, Hälschner 2 829, Schütze S. 262, Leichmann HRl. „Auflauf", Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 6; vgl. auch Berlin OAG. 4. Okt. 73 St. 3 76.

Übrigens würde auch, da die strafb. Hdlg. aus § 116, in dem Verbleiben besteht, bei einer Nötigung zum Verbleiben i. S. des § 52 dieser letztere Anwendung finden müssen.

Der sich nicht Entfernende muß — wie weiter sich ergibt — wissen, daß die drei Aufforderungen geschehen sind, wenn auch nicht erforderlich ist, daß er sie selbst gehört habe; RG. IV 21. Nov. 85, III 6. Nov. 90, E. 13 66, 21 184, Binding Lb. 2 803 u. Normen 1 227 N. 2, Hälschner 2 829, John HH. 3 136 N. 4, v. Liszt S. 557, H. Meyer S. 661 N. 29, Schütze S. 262, Leichmann HRl. „Auflauf", Frank N. 1 4, Oppenh.-D. N. 9. Die Kenntnis muß, wenn sie bestritten wird, festgestellt werden; zit. RG. E. 13 66.

Endlich muß das Wissen des sich nicht Entfernenden auch auf die Zuständigkeit des Auffordernden sich erstrecken (Hälschner aO., Rubo N. 13), während allerdings Eventualdolus ausreicht.

Zu Absatz 2. N. 8—11.

8) Das Verg. des Auflaufs kann hinsichtlich einzelner der Versammelten zu dem V. o. V. des Aufruhrs sich gestalten, dann nämlich, wenn „bei einem Auflaufe" gewisse Hdlgen seitens der versammelten Menschenmenge vorgenommen werden. Da unmittelbar vorher im Abs. 1 für den Tatbestand des daselbst vorgesehenen Vergehens die Legalbezeichnung „Auflauf" eingeführt ist, so können die Worte „bei einem Auflaufe" nicht wohl von einem Auflaufe i. S. der N. 1, sondern sie müssen vielmehr von dem Vergehen des Auflaufs verstanden werden, so daß Abs. 2 namentl. auch die im Abs. 1 erforderte dreimalige Aufforderung zur Voraussetzung hat; Binding Lb. 2 810, Hälschner 2 829, John HH. 3 136, Oppenh.-D. N. 11, Rubo N. 8, v. Schwarze N. 7.

9) Die in Betracht kommenden Handlungen, bezüglich deren eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulässig erscheint (Wertheimer Mischgesetze S. 33), sind den im § 113 bezeichneten zwar ähnlich, keineswegs aber decken sie sich mit ihnen. Gleichmäßig müssen sie übrigens begangen sein „mit vereinten Kräften" (§ 115 N. 3c) „gegen die Beamten oder die bewaffnete Macht". Wie das Gesetz nicht nur den gegen den Befehlshaber der bewaffneten Macht geleisteten Widerstand, sondern auch den gegen letztere selbst berücksichtigt, so auch nicht nur den gegen den auffordernden Beamten, sondern vielmehr auch den „gegen die Beamten", d. h. gegen die mit jenem zusammenwirkenden bzw. zu seiner Hilfe und Unterstützung dienenden; Hälschner 2 829, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze N. 10.

a) „Leistung tätlichen Widerstandes"; danach bleibt ein nur „durch Bedrohung mit Gewalt" geleisteter Widerstd. außer Betracht; andererseits geht ein „tätlicher Widerstd.

Digitized by Google

weiter als ein „durch Gewalt" geleisteter; vgl. § 94 N. 2_2 sowie darüber, daß nur die Richtung des Widerstds. als eine „tätliche" charakterisiert wird, § 113 N. 25.

b) „Verübung von Gewalt", auch ohne daß dadurch Widerstd. geleistet werden soll, aber andererseits wieder nur, insofern die „Gewalt" (§ 113 N. 23a) gegen die Beamten 2c. geleistet ist, also hier, abweichend von § 113, nur in ihrer unmittelbaren Richtung gegen die Person; daß diese Auffassung zutreffend sei, ergibt das Fehlen eines Kommas vor den Worten „oder Gewalt verübt"; das ein solches Interpunktionszeichen enthaltende PrStGB. wurde demgemäß auch dahin ausgelegt, daß die Gewalttätigkeiten „gegen Personen oder Sachen" verübt sein könnten; Goltd. Mat. 2 140. Gleichgültig ist aber für den Tatbestand, ob die „Verübung der Gewalt" auch wirklich zu einer Vergewaltigung des Beamten 2c. geführt habe.

10) Für diejenigen, die „an diesen Handlungen" — d. h. den eben bezeichneten der Widerstandsleistung oder der Gewaltanwendung (Hälschner 2 830) — „teilgenommen haben" (§ 124 N. 3) „treten die Strafen des Aufruhrs ein" (§ 49a N. 21_3).

Es haben demnach im Falle des $§ 116_2$ die auf den Aufruhr gesetzten Strafvorschriften Anwendung zu finden, also entweder die des Abs. 1 oder die des Abs 2 des § 115. Für § 115 beruht (von der hier nicht interessierenden Rädelsführerschaft abgesehen) die Anwendung der Strafvorschriften des einen oder des anderen Absatzes darauf, daß entweder nur eine „Teilnahme" am Aufruhr oder die Selbstbegehung einer der in den §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen stattfindet. Dieser Unterschied ist auf die Teilnahme an den Hdlgen des $§ 116_2$ zu übertragen (aM. Binding Lb. 2 810), was nur in der Weise möglich erscheint, daß die eigene Begehung dieser Hdlgen mit der Verbrechensstrafe des $§ 115_2$, jede andere, übrigens stets in einer „Zugehörigkeit zu den vereinten Kräften" (vgl. Goltd. Mat. 2 140 zum PrStGB. § 92) bestehende, Teilnahme an den Hdlgen mit der Vergehensstrafe des $§ 115_1$ zu belegen ist. So v. Schwarze N. 11, und, abgesehen von seiner abweichenden Auffassung der Worte „mit vereinten Kräften", Oppenh.-D. N. 11. AM. John HH. 3 137 in der Annahme, daß, falls die im Abs. 2 bezeichneten Hdlgen nach der dritten Aufforderung begangen würden, alle Zurückgebliebenen nach einer praes. juris et de jure als Teilnehmer anzusehen seien; ferner: Binding aO., Hälschner 2 830 f., Frank N. II, Freudenthal Notw. Teiln. S. 143 f., Oetker GS. 64 63 N. 1 („Strafen" erklären sich aus der „Tätermehrheit"), nach denen die Strafe des $§ 115_1$ bei § 116 überhaupt nicht, sondern nur die des Abs. 2 das. zur Anwendung kommen soll.

11) Die Frage, ob bei Anwendung des Abs. 2 wegen „Auflaufs (qualifizierten)" oder wegen „Aufruhrs" zu bestrafen sei, hat zwar kein großes praktisches Interesse, wird aber richtiger im ersteren Sinne beantwortet; denn in der Anwendung der Strafvorschriften wegen Aufruhrs liegt noch nicht ausgedrückt, daß die Hdlg. selbst Aufruhr sei. So Schütze S. 263 N. 11, auch Hälschner 2 831.

Verhältnis zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 12—14.

12) Was das Verhältnis der §§ 113, 114, 115 zum § 116 betrifft, so sind zunächst die in den §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen, die vor der dritten Aufforderung begangen werden, aus dem, eine dreimalige Aufforderung zum Einschreiten nicht erfordernden (Berlin 10. Mai 75 O. 16 363) $§ 115_2$ oder nur aus den §§ 113, 114 strafbar, je nachdem eine Zusammenrottung i. S. des § 115 vorliegt oder nicht; § 116 bleibt alsdann außer Anwendung (N. 8); John HH. 3 136.

Werden bei einem Auflaufe — nach stattgehabter dritter Aufforderung — die in den §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen begangen, so kann hinsichtlich der Täter Idealkonk. (§ 73) der §§ 113, 114 mit $§ 116_2$ stattfinden, insoweit die in jenen §§. bezeichneten Hdlgen mit den in letzterem gedachten sich decken (N. 9); ein Ausschluß der §§ 113, 114 durch $§ 116_2$ findet deshalb nicht statt, weil dessen Tatbestand nicht als der engere gegenüber demjenigen, zum Teil andere Merkmale umfassenden, der §§ 113, 114 sich bezeichnen läßt; die Strafe würde freilich aus $§ 116_2$ zu bemessen sein.

Aufruhr und Auflauf können, trotz des verschiedenen Sinnes, der dem Erfordernisse der „Öffentlichkeit" in beiden §§. zukommt (RG. III 19. Feb. 91 E. 21 370), gleichfalls ideal

Digitized by Google

zusammentreffen (aM. Binding Lb. 2 811), wobei, soweit nur § 115_1 und § 116_1 in Betracht kommen, die Strafe aus jenem abzumessen ist; hinsichtlich der Täter der in den §§ 113, 114 bezeichneten Hdlgen kann dann, nach dem im vorigen Absatz Bemerkten, auch Idealkonk. zwischen § 115_2 und § 116_2 stattfinden, was aber — bei der eigentümlichen Strafsanktion des letzteren — für die Bestimmung der Strafe ohne Interesse ist; Schütze S. 263 N. 11.

13) Die Strafe beträgt im Falle des Abs. 1 wahlweise Gefängnis von 1 T.—3 Mt. (§ 16) oder Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27); die für den Fall der Unbeibringlichkeit an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Wegen der Bestrafung im Falle des Abs. 2 vgl. § 115 N. 10II.

14) Die Strafverfolgung verjährt im Falle des Abs. 1 nach § 67_2 in drei Jahren. Zuständig ist im Falle des Abs. 1 Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^1, 75^{14}. Wegen Verjährung u. Zuständigkeit im Falle des Abs. 2 vgl. § 115 N. 11.

§. 117.

Wer einem Forst- oder Jagdbeamten, einem Waldeigenthümer, Forst- oder Jagdberechtigten, oder einem von diesen bestellten Aufseher in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes oder Rechtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer eine dieser Personen während der Ausübung ihres Amtes oder Rechtes thätlich angreift, wird mit Gefängniß von vierzehn Tagen bis zu drei Jahren bestraft.

Ist der Widerstand oder der Angriff unter Drohung mit Schießgewehr, Aexten oder anderen gefährlichen Werkzeugen erfolgt, oder mit Gewalt an der Person begangen worden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt in den Fällen des Absatz 1 Gefängnißstrafe bis zu Einem Jahre, in den Fällen des Absatz 2 Gefängnißstrafe nicht unter Einem Monat ein.

PrG. v. 31. März 1837 §§ 1—3. Entw. I §§ 102 Abs. 1, 2, 103, II § 115. StB. S. 435 f., 1169. Entw. d. StGN. Art. I § 117. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 647 ff., 1325 f., 1369.

Vgl. § 119 sowie MStGO. § 63[1].

Zu §§ 117—119. N. 1.

1) Die Motive heben ausdrücklich hervor, daß die §§ 117—119 dem PrG. v. 31. März 1837 über die Strafe der Widersetzlichkeit bei Forst- u. Jagdverbrechen nachgebildet sind. Wie dieses Gesetz ausweislich seines Einganges „zum persönlichen Schutze der Königl. Forst- u. Jagdbeamten, der Waldeigentümer, der Forst- u. Jagdberechtigten, und der von ihnen bestellten Aufseher" erlassen worden war, so führte auch bei der RTdebatte der Bundeskommissar Friedberg aus, daß die Forst- u. Jagdbeamten, weil sie fern vom Schutze der geordneten Obrigkeiten den Angriffen der Holz- und Wilddiebe ausgesetzt seien, mit einem exzeptionellen Schutz umgeben werden müßten, daß dasselbe aber wegen der gleichen Gefährdung gegenüber den Frevlern ebenmäßig von dem Eigentümer des Forstes und von den sonstigen Forstberechtigten gelte; StB. S. 436. Daß die §§ 117—119, soweit sie von Waldeigentümern, Forst- oder Jagdberechtigten oder deren Aufsehern sprechen, nicht unter die Überschrift des Abschn. 6 passen, erhellt von vornherein, aber aus dem eben Gesagten ergibt sich, daß auch, soweit sie von Forst- u. Jagdbeamten sprechen, der für ihre Aufstellung maßgebende Gesichtspunkt nicht die Bestrafung des Widerstandes gegen die Staatsgewalt sei; dieser Gesichtspunkt hat nicht einmal zu einer erhöhten Berücksichtigung geführt. Unter diesen Umständen erscheint es unbedenklich, die Vorschriften der §§ 117—119 in Gemäßheit des § 4^3 auch dann anzuwenden, wenn eine Zuwiderhandlung gegen diese im Auslande begangen ist (T. II Abschn. 6 N. 1, 3); so: Dochhorn G. 12 208 (bezüglich des zit. PrG.), Oppenh.-D. N. 8; aM., jedoch unter Anerkennung der Zweifelhaftigkeit, Rüd.-St. N. 14, ferner Binding Lb. 2 788, v. Liszt S. 557 N. 1, Frank N. 1 sowie v. Streit Widersetzung S. 116.

Digitized by Google

Zu § 117 N. 2—17. — Zu Abs. 1. N. 2—10.

2) Als Personen, gegen welche — unter Zulässigkeit einer alternativen Feststellung (§ 47 N. 29); Wertheimer Mischgesetze S. 33; vgl. auch Binding Lb. 2 787 — die aus § 117 strafb. Hdlg. sich richtet, kommen in Betracht:

a) Forst- oder Jagdbeamte. Die Beamteneigenschaft ist nach § 359 zu beurteilen; aM. John HH. 3 139, v. Schwarze N. 3 (i. S. des gemeinen Sprachgebrauches). Speziell kommt diesen Beamten die Eigenschaft als „Sicherheitsbeamten" i. S. des GVG. § 168 zu; vgl. das zu § 113 N. 19g zit. RG. 8 735. Tatsächlich wird auch ein jeder dieser Beamten Exekutivbeamter i. S. des § 113 sein, als Erfordernis ist dieses im Gesetze aber nicht aufgestellt; dennoch aber verlangt Binding Lb. 2 787 diese Eigenschaft. Zu den fraglichen Beamten gehören namentl. die nach Maßgabe des PrFDG. §§ 23 ff. o. entsprechender anderer Landesgesetze ein für allemal gerichtlich beeidigten Personen, die eben in dieser Eigenschaft forst- u. jagdpolizeiliche Funktionen auszuüben haben; RG. II 1. Okt. 80, 3. Juni 81, 19. Feb. 84, E. 2 306, 4 214, 10 106, IV 27. Juni 84, 5. Okt. 86, R. 6 478, 8 598, sowie btr. Württemb. R. RG. I 14. Juni 97 E. 30 155. Dagegen wird ein Polizeibeamter, der nebenbei beauftragt ist, auch Jagdvergehen wahrzunehmen, dadurch nicht Jagdbeamter (Berlin 28. Apr. 76 St. 6 184), wie auch ein Kgl. Förster, dem außerhalb seines Reviers die Überwachung von Jagdkontraventionen übertragen ist, bei Wahrnehmung dieser Funktion nur als Vollstreckungsbeamter i. S. des § 113 anzusehen ist; so: Berlin 17. Jan. 72 O. 13 47, Oppenh.-D. N. 3; aM. Binding aO., der darin eine falsche Ausdehnung des Beamtenkreises sieht. Preuß. Forstassessoren u. -referendare sind nach der (durch RG. III 23. Dez. 85 E. 13 215 veranlaßten) Verf. des Ministers f. Landwirtsch. v. 28. Sept. 1886 — PrBMBl. S. 213 — sobald sie nach irgendeiner Richtung hin in der Ausübung ihres staatl. Dienstes sich befinden, zugleich zur Wahrnehmung des Forstschutzes insoweit verpflichtet, als letztere ohne Beeinträchtigung des Hauptzweckes ihrer Tätigkeit geschehen kann; Pr. Forstlehrlinge sind dagegen keine Forstbeamte u. können auch nicht seitens des übergeordneten Oberförsters durch Beauftragung mit der Ausübung des Jagd- u. Forstschutzes Beamteneigenschaft erhalten; RG. IV 17. März 03 E. 50 145 (s. jedoch N. 7). Auch hat RG. I 15. Nov. 97 E. 30 343 verneint, daß bayer. Forstpraktikanten als solche Forst- o. Jagdbeamte seien.

b) Waldeigentümer, Forst- oder Jagdberechtigte.

α) Zu den Waldeigentümern sind die Eigentümer der Bäume zu rechnen, auch wenn ihnen der Grund und Boden nicht gehört; Berlin 31. Okt. 60 G. 8 817, Binding Lb. 2 788, Hälschner 2 816, Schütze S. 271 N. 38, Meves N. 4, Rüd.-St. N. 4. Dagegen können die Eigentümer bereits gefällter Bäume, die einen Wald nicht mehr bilden, zu den Waldeigentümern nicht gezählt werden; so: Schütze, Meves aO.; aM.: Berlin aO., Oppenh.-D. N. 5.

β) Den Waldeigentümern werden die Forst- o. Jagdberechtigten angereiht, woraus von vornherein sich ergibt, daß die Jagdberechtigten — deren Eigenschaft nach dem Landesrecht sich beurteilt (vgl. wg. Ungültigkeit eines im Gebiete des PrLandgemeindeverfG. v. 14. Apr. 1856 lediglich mit dem Gemeindevorsteher geschlossenen Jagdpachtvertr. RG. IV 18. Juni 89 E. 19 327); Binding aO. — unter Umständen auch gegen den Waldeigentümer auf Grund des § 117 geschützt sein können; vgl. Rede des Abg. Becker StB. S. 435.

c) Die von den zu b. bezeichneten Personen bestellten Aufseher (sog. Privataufseher). Die Worte „von diesen bestellt" sind nur auf diese Personen und nicht auch auf die zu a. benannten zu beziehen; die entgegenstehende Auffassung würde insoweit ohne praktische Bedeutung sein, als den von Forst- o. Jagdbeamten bestellten „Aufsehern" selbst wieder Beamteneigenschaft beiwohnt, im übrigen aber dem staatsrechtlichen Grundsatze widerstreiten, daß Beamte amtliche Funktionen nicht auf Dritte übertragen können. So: Berlin 19. Sept. 72 St. 2 83, Meves N. 6, Oppenh.-D. N. 7, und wenigstens f. d. Bereich der Preuß. Staatsverwaltung: RG. II 15. Jan. 97 E. 29 310 (vgl. auch II 23. Juni 82 E. 6 402) sowie nach Anhalt. Staatsr. III 19. Nov. 00 E. 34 10. AM.: Dresden 13. Okt. 71 St. 1 116, Hälschner 2 816, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 6, Wagner Jagd-

Digitized by Google

gesetzgbg. S. 203; auch Binding Lb. 2 788 jedoch mit dem Bemerken, die genannten „Beamten" müßten zu solcher Bestellung amtlich befugt sein.

Für die Gültigkeit der Bestellung zum Forstaufseher sind bestimmte Formen, insbs. Vereidigung o. eine besondere Verpflichtung, nicht vorgeschrieben; RG. II 25. Apr. 84, I 12. Okt. 03, E. 10 333, 36 393, III 22. Jan. 81, IV 29. Jan. 86, R. 2 753, 8 102. Wesentlich ist nur, daß die Bestellung aus dem Willen des Waldeigentümers 2c. hervorgegangen, ein von ihm ausgehender Verfügungsakt ist; sie kann auch durch eine Mittelsperson, wie durch einen dazu Bevollmächtigten, Vertreter, geschehen; ebensowenig erfordert das Gesetz, daß die Bestellung auf eine längere Zeit geschehen sei, vielmehr kann sie auch auf kürzere Zeit und selbst für einen konkreten Vorgang erfolgen; zitt. RG. R. 2 753, E. 10 333, von denen ersteres aber verneinte, daß in der bloßen Hinzuziehung (§ 113_3) einer Person zur Unterstützung eines Forstbeamten schon eine Bestellung zum Aufseher liege.

Eine dem § 113_3 entsprechende Bestimmung enthält § 117 nicht. Der Widerstand gegen von Forstbeamten zugezogene Personen ist aber wenigstens aus § 113 (das. N. 17a aE.) strafbar, sofern jene als Exekutivbeamte anzusehen sind.

3) Während § 117 nach der, in zweiter Beratung unverändert angenommenen, Fassung des Entw. II (vgl. Aktenstücke S. 467) zweimal die Worte enthielt „während der Ausübung seines Amtes oder Rechtes", wurde in der dritten Beratung beantragt, in Zeile 3 der Zusammenstellung des Entw. mit den Beschlüssen des RT. statt der Worte „während der Ausübung" zu setzen „in der rechtmäßigen Ausübung"; dieser Antrag wurde ohne Debatte angenommen. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die unveränderte Beibehaltung jener Worte an der zweiten Stelle lediglich auf einem Redaktionsfehler beruht, indem es — im weiteren Anschluß an die Fassung des § 113 — daselbst hätte lauten müssen: „während der rechtmäßigen Ausübung ihres Amtes oder Rechtes". Es muß aber bestritten werden, daß das Unterlaufen dieses Redaktionsfehlers für die Auslegung von Bedeutung sei; denn wenn das Gesetz seinem ausdrücklichen Wortlaute nach den Widerstand nur dann bestraft, falls solcher einer der daselbst genannten Personen „in der rechtmäßigen Ausübung des Amtes 2c." geleistet wird, so würde es widersinnig sein, wenn es nicht die Rechtmäßigkeit der Ausübung gleichmäßig zur Voraussetzung der Strafbarkeit des Angriffs machen wollte; berücksichtigt man ferner, daß § 117 — wie speziell auch die Substituierung von „in" statt „während" zeigt — gerade in dieser Beziehung an § 113 sich anschließen sollte, so muß angenommen werden, daß § 117 an der zweiten Stelle mit der „Ausübung des Amtes 2c." ebenfalls nur dessen rechtmäßige Ausübung meine. So: RG. III 30. Okt. 80 E. 3 14, Berlin 19. Sept. 72, Stuttgart 18. Feb. 74, St. 2 83, 4 18, Binding Lb. 2 786 N. 2, Geyer 2 143, H. Meyer S. 651, 629, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 7, Schütze G. 20 366. AM.: Meves N. 9 u. HH. 4 321, Rubo N. 6.

Da aber das Gesetz hier die Rechtmäßigkeit nicht ausdrücklich erwähnt, so gehört sie auch nicht zu den gesetzlichen Merkmalen der strafb. Hdlg. i. S. der StPO. § 266 und bedarf deshalb der Feststellung nur bei angeregtem Zweifel; vgl. RG. II 1. Okt. 80 E. 2 306; aM. Oppenh.-D. N. 23. Im schwurgerichtl. Verfahren ist sogar eine Ergänzung der Hauptfrage dahin, daß der angegriffene Beamte in der rechtmäßigen Amtsausübung sich befunden habe, ausgeschlossen, weil die rechtliche Beurteilung in dieser Beziehung den Geschworenen überlassen ist; RG. I 22. Dez. 81 N. 3 819.

4) Kommt nach der Ausführung in N. 3 der Schutz des § 117 den in seinem Eingange bezeichneten Personen (N. 2) stets nur dann zustatten, wenn sie „in der rechtmäßigen Ausübung ihres Amtes oder Rechtes" sich befinden, so ist damit offenbar als nächste Voraussetzung aufgestellt, daß sie überhaupt in der Ausübung von amtlichen Befugnissen bzw. von Rechten, die auf den Schutz der Waldungen und Jagden abzielen, begriffen sind; nur diese Richtung der Amts- o. Rechtsausübung ist gemeint; RG. II 7. Feb. 82 N. 4 132, I 1. Nov. 82, 25. Okt. 88, E. 5 413, N. 10 590 (der Widerstd. gegen einen in der Ausübung des Fischereischutzes begriffenen Waldaufseher, dsgl. der Widerstd. eines von

Digitized by Google

einem Forstbeamten gemieteten Waldarbeiters gegen jenen in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber bzw. als Leiter forstlicher Arbeiten falle nicht unter § 117).

Die weitere Voraussetzung — die Rechtmäßigkeit der Ausübung des Forst- o. Jagdschutzes — ist wie im Falle des § 113 (das. N. 12) nach Maßgabe des Reichs- u. Landesrechtes zu beurteilen. Dabei ist aber zu unterscheiden zwischen den Fällen der rechtmäßigen Amts- (N. 5a) und der rechtmäßigen Rechtsausübung (N. 5b); über die Frage, ob dieser Unterschied ev. die Anwendung des § 264 StPO. bedinge, vgl. RG. IV 27. März 00 E. 33 224, das die Frage verneint, was mit Rücksicht auf die Ausführung N. 7_2 bedenklich erscheint.

5a) Wegen der Rechtmäßigkeit der Ausübung seines Amtes seitens eines Forst- o. Jagdbeamten sind die N. 12—19 zum § 113 zu vergleichen. Ihren Ausführungen entsprechen RG. II 4, I 13. Okt. 81, N. 3 582, 624 (der Forstbeamte handele in rechtm. Amtsausübung, sofern er nur bei pflichtmäßiger Prüfung eine genügende tatsächliche Veranlassung zum Einschreiten finde, bzw. die Überzeugung desselben, daß eine mit Holz betroffene Person dieses aus seinem Forstschutzbezirke entwendet habe, bewahre seinem Einschreiten den Charakter der rechtm. Amtsausübung).

b) Um die Rechtmäßigkeit der Ausübung eines Rechtes handelt es sich nicht nur bei den „Waldeigentümern sowie den Forst- o. Jagdberechtigten" (N. 2b), sondern namentl. auch bei den „von diesen bestellten Aufsehern" (N. 2c), bei denen von der Ausübung eines Amtes i. S. des § 117 nicht die Rede sein kann, es sei denn, daß sie landesgesetzlich, insbs. infolge stattgehabter Beeidigung (N. 2a), mit forstpolizeilichen Funktionen betraut worden sind; RG. III 20. Nov. 84, 15. Jan. 85, E. 11 321, 421 (btr. Pr. u. bzw. Braunschw. Landesrecht). Die Frage nach der Rechtmäßigkeit ist nach den einschlagenden Normen, sei es des Reichs-, sei es des Landesrechtes zu beantworten; Binding Lb. 2 790. Fehlt es auch — abgesehen von EGBGB. Art. 89, wonach das Recht der Pfändung zum Schutze des Jagdrechts auf fremden Grundstücken beseitigt ist, da er nur die landesgesetzl. Vorschriften „über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen" unberührt gelassen hat (RG. IV 15. Feb. 01 E. 34 154) — an speziellen reichsrechtl. Normen, so entfällt doch der Schutz des § 117 nicht, wenn der Privataufseher eine allgemein jedem Staatsbürger gleichmäßig zustehende Befugnis ausübt, z. B. diej. der vorl. Festnahme nach StPO. § 127_1 (RG. II 5. Apr. 89, I 19. Juni 90, E. 19 101, 21 10), oder der zwangsweisen Entfernung eines Forstfrevlers aus dem Walde (RG. II 1. März 95 E. 27 70). An allgemeinen reichsrechtl. Normen kommen namentl. die Vorschriften des BGB. in Betracht; vgl. insbs. aus der Praxis des RG.: IV 14 Okt. 02 E. 35 403 (der Jagdberechtigte, der einen anderen bei unberechtigter Jagdausübung auf seinem Jagdgebiete antrifft, ist nicht kraft Selbsthilfe [BGB. § 229], wohl aber aus § 227 aO. befugt, ihm das Gewehr abzunehmen; dagegen als zu weit gehend Binding Lb. 2 791); II 18. Nov. 02 G. 50 115 (btr. die Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe i. S. des BGB. seitens eines Privatjagdaufsehers); IV 21. Apr. 03 G. 50 278 (btr. Befugnis des vom Eigentümer o. dessen Stellvertreter bestellten Forstaufsehers, einer beim unbefugten Sammeln von Pilzen betroffenen Person die Pilze nebst Tuch, in dem sie eingebunden waren, nach BGB. §§ 858, 859_2 mit Gewalt abzunehmen).

6) Die landesgesetzlichen Vorschriften, insoweit sie über die zum Schutze der Grundstücke u. der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen sich verhielten, sind nach EGBGB. Art. 89 durch die Reichsgesetzgebung zwar unberührt geblieben (N. 5b), dennoch aber z. T. landesrechtlich aufgehoben (s. a). Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Amts- bzw. Rechtsausübung (N. 5a, b) sind in der Praxis (wg. der Privataufseher vgl. auch N. 7) auf Grund des Landesrechtes folgende Entscheidungen ergangen:

a) Preußisches Recht (die eingangs der N. bezeichneten Vorschriften des PrALR. I 14 §§ 413 ff. sowie die Vorschriften des GR. über die Privatpfändung sind durch AG. z. BGB. v. 20. Sept. 1899 Art. 89 Z. 1b u. 3 aufgehoben). Durch PrFDG. § 16 sei den zum Forstschutz berechtigten Personen, die nicht Hilfsbeamte der StAschaft, das Recht zur Beschlagnahme eingeräumt, was nach EGStPO. § 3_3 auch habe geschehen können, trotzdem StPO. §§ 94 ff. dieses Recht den Forstschutzbeamten nur insofern gewähre, als

Digitized by Google

sie zu Hilfsbeamten der StAschaft bestellt seien; die Befugnis zu Durchsuchungen bzw. Anordnungen dazu sei aber jenen Personen nicht zugleich verliehen worden; RG. III 20. Nov. 84, IV 29. Jan. 86, E. 11 321, 13 270. Ein Jagdpolizeibeamter sei (offenbar in Ausübung präventiv-polizeilicher Funktionen) befugt, innerhalb seines Forstreviers einen des Jagdfrevels Verdächtigen anzuhalten, von ihm die Herausgabe des Gewehrs zu fordern u. ev. mit Gewalt zu erzwingen, dsgl. nach PrALR. II 17 § 10 einem ein fremdes Jagdrevier „zur Jagd ausgerüstet" Durchschreitenden das Gewehr dann wegzunehmen, wenn er nur dadurch die Fortsetzung der Übertr. aus § 368[10] verhindern könne; RG. I 26. Apr. 80, II 4. Nov. 87, R. 1 670, 9 556, auch IV 16. Feb. 94 G. 42 48. Abgesehen von Fällen dieser Art ist jedoch angenommen, daß den Jagdpolizeibeamten als solchen nach der PrLandesgesetzgbg. ein Beschlagnahmerecht nicht beiwohne, daß jedoch aus der im Falle einer Beeidigung auf das PrFDG. (§§ 22 ff.) zustehenden Beamtenqualität gemäß PrG. v 12. Feb. 1850 §§ 7, 10 die Befugnis zum Eindringen in ein fremdes Gehöft behufs Feststllg. der Persönlichkeit eines auf frischer Tat verfolgten Jagdfrevlers sich ergebe; RG. IV 5. Okt. 86 R. 8 598. Dagegen ist ein Jagdpolizeibeamter, der nicht Hilfsbeamter der StAschaft, zur Wegnahme des Gewehrs eines Kontravenienten nach dem PrFDG. u. dem PrALR. für befugt erachtet, um die Fortsetzung eines Eingriffs in fremdes Jagdr., oder auch einer Übertr. aus § 368[1] zu verhindern; RG. IV 1. Nov. 02 G. 50 110. Vgl. auch das N. 5b aE. zit. RG. G. 50 278 (btr. PrFDG. § 1, PrFFPG. § 41 i. V. mit BGB. §§ 858 f.) sowie andererseits RG. II 11. Mai 94 G. 42 133 (das an den persönlich bekannten Wilddieb gerichtete Verlangen, die gelegten Schlingen zu zeigen u. behufs Vernehmung zur Polizeibehörde zu folgen, sei unberechtigt).

Auf Grund des PrFFPG. § 9 ist in Vertretung des „Berechtigten" auch der Forstschutzbeamte (Privatförster) berechtigt, zur Entfernung aufzufordern; RG. I 1. Nov. 81, II 1. März 95, E. 5 413, 27 70.

b) Bayerisches Recht; das frühere Selbstpfändungsrecht des Jagdberechtigten (vgl. München 19. Juli 75 St. 6 26) ist durch EGBGB. Art. 89 aufgehoben; vgl. das N. 5b zit. RG. E. 34 154; aM. Pollwein BayrJagdG. — Aufl. 4 — S. 892 N. 2.

c) Württembergisches Recht; vgl., wg. Beschlagnahmerechtes des Waldeigentümers bzw. Privataufsehers: RG. I 23. Jan. 88 E. 17 69, wg. Durchsuchungsrechtes vom Jagdberechtigten bestellter, staatlich beeidigter Privataufseher nach dem Besitz von Jagdgeräten in Ausübung der Präventivpolizei: I 14. Juni 97 E. 30 155.

7) Was speziell die von den Waldeigentümern 2c. bestellten Aufseher (N. 2c) betrifft, so kommt diesen der Schutz des § 117 zu, auch insoweit sie reine Privataufseher sind, also keinerlei forstpolizeiliche Funktionen haben, insbs. also auch den nicht auf das btr. Forstdiebstahls G. beeidigten; so die N. 5b zitt. RG. E. 11 321, 421, sowie das N. 2a zit. RG. G. 50 145 btr. die Bestellung der Pr.Forstlehrlinge zu Privataufsehern durch übergeordnete Oberförster in ihrer Eigenschaft als Vertreter des Staats i. s. Eigenschaft als Waldeigentümer. Selbstverständlich können sie alsdann weitergehende Rechte, als wie sie dem Berechtigten zustehen, von dem sie ihre Bestellung herleiten, nicht ausüben; Berlin 23. März 78 G. 26 203 (s. jedoch N. 9a). Über die Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe seitens eines Privatjagdaufsehers i. S. des BGB. vgl. das N. 5b zit. RG. G. 50 115, sowie speziell wg. Befugnis zur Revision eines Jagdfrevlers behufs Feststellung u. vorl. Beschlagnahme von Überführungsstücken sowie zur Wegnahme des Gewehrs in Preußen: RG. II 4. Feb. 81, IV 18. Juni 89, I 21. Jan. 92, E. 3 336, 19 327, 22 302, ferner das o. N. 6a zit. RG. G. 50 110.

Dieser Grundsatz findet strikte Anwendung, derartig, daß der Strafschutz des § 117 den Privataufsehern nur dann gewährt werden kann, falls sie innerhalb der objektiven Grenzen der Rechtmäßigkeit geblieben sind; aus der Gleichstellung der „Beamten" und der „Privataufseher" betreffs des Strafschutzes bei rechtmäßiger Ausübung des Amtes bzw. Rechtes folgt nicht, daß der für Beamte geltende Grundsatz, wonach die Ausübung des Amtes noch nicht durch einen — trotz pflichtgemäßer Prüfung — untergelaufenen tatsächlichen Irrtum über die Voraussetzungen des Einschreitens zu einer unrechtmäßigen wird

Digitized by Google

(§ 113 N. 14), auch auf die Privataufseher Anwendung zu finden hat; denn er rechtfertigt sich aus der staatsrechtlichen Stellung der öffentlichen Beamten, während auf Privataufseher, beim Mangel der bezüglich der Beamten bestehenden Garantie und beim Fehlen der Möglichkeit einer staatlichen Einwirkung auf die Anstellung, jener Grundsatz von der Unschädlichkeit eines derartigen tatsächlichen Irrtums prinzipmäßig nur dann Anwendung findet, wenn sie forstpolizeiliche Interessen auch im Interesse des Staats wahrzunehmen haben. So RG. III 3. Dez. 79 E. 1 112, II 23. Juni 82, 23. Mai 83, E. 6 400, R. 5 377; aM. Binding Lb. 2 792.

8) Bei der zweiten Beratung des RT. hatte der Abg. Bähr — den nicht zum Druck gelangten und deshalb von ihm demnächst zurückgezogenen — Antrag gestellt, statt der Worte „während der Ausübung seines Amtes 2c." zu setzen „in Ausübung seines Amtes oder Rechtes zur Abwehr oder Verfolgung von Forst- o. Jagdfreveln"; der Antragsteller führte später aus, daß der Gedanke des Gesetzes, der nur auf die Fälle sich beziehe, wo der Beamte o. Berechtigte sein Amt o. Recht zur Abwehr oder Verfolgung von Forst- o. Jagdfreveln ausübt, nicht bestimmt genug ausgesprochen sei; StB. S. 435 f. Diese Bemerkung erscheint richtig, zunächst was den gesetzgeberischen Gedanken betrifft, den die Motive und auch der Bundeskommissar bei der RTdebatte ähnlich wiedergeben, dann aber auch hinsichtlich des mangelhaften Ausdrucks für ihn im Gesetze selbst; denn wenn man ausschließlich an dessen Wortlaut sich halten wollte, so müßte man § 117 z. B. auch dann anwenden, wenn der Forstbeamte in einem öffentlichen Lokale eine Holzauktion abhält. Berücksichtigt man aber den gesetzgeberischen Gedanken, so kommt man notwendig zu einer einschränkenden Auslegung der bezüglichen Worte und wird im Anschluß an die 34jährige Praxis des höchsten PrGerichtshofes, die auf dem gleichen Gedanken des PrG. v. 31. März 1837 fußte, annehmen müssen, daß § 117 nur Anwendung finde, wenn der Widerstand bzw. der Angriff auf die Ausübung des Forst- oder Jagdschutzes sich beziehen (vgl. Hartmann PrStrafgesetze 1. Aufl. S. 167 N. 13), die — mag sie auch in einem Privatforst stattfinden — dennoch dem öffentlichen Interesse dient. Demnach fällt der Widerstd. gegen die Ausübung des Jagdrechtes selbst oder anderer den bezeichneten Personen zustehender Berechtigungen am Forst, der Absicht des Gesetzes nach, nicht unter § 117, vielmehr nur der Widerstd., der, sei es den Beamten oder Privaten, bei dem Schutze der Waldungen und Jagden von Forst- u. Jagdfrevlern entgegengesetzt wird. So: RG. III 29. Mai 80 E. 2 170, IV 21. Okt. 84 R. 6 641, Stuttgart 29. Apr. 74 St. 4 19, Berner S. 391, Binding Lb. 2 789, Geyer 2 143, Hälschner 2 817, Meves HH. 4 320, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 9; vgl. auch John HH. 3 140. AM.: v. Liszt S. 558, H. Meyer S. 629, v. Schwarze N. 2.

Es greift deshalb § 117 selbst bei einem in dem Forst- o. Jagdrevier geleisteten Widerstande nicht Platz, wenn es nicht um die dem öffentlichen Interesse wenigstens mittelbar dienende Ausübung des Forst- o. Jagdschutzes sich handelt, sondern um anderes, z. B. um die Ergreifung steckbrieflich verfolgter oder sonstiger Verbrecher, denen aber ein Holz- o. Jagdfrevel nicht zur Last fällt (RG. II 13. Dez. 92 E. 23 358) oder um die lediglich im eigensten Interesse geschehende Ausübung eines Privatrechts; RG. III 29. Mai (btr. Ausübung des Jagdr.), 30. Okt. 80, II 7. Jan. 90, E. 2 170, 3 14, 20 156, Binding Lb. 2 787. Hierdurch lösen zum Teil sich die Bedenken, welche der Abg. Becker bezüglich der zwischen einem Waldeigentümer und einem Forst- u. Jagdberechtigten entstehenden Konflikte äußerte. Wer z. B. durch Lösung eines Leseholzzettels in gewisser Weise Forstberechtigter geworden ist, hat dennoch niemals einen Forstschutz auszuüben; ein ihm „in der rechtmäßigen Ausübung seines Rechtes" geleisteter Widerstd. fällt deshalb auch nicht unter § 117. Andererseits kann ein Forst- o. Jagdberechtigter — z. B. ein Jagdpächter — sehr wohl eines unter § 117 fallenden Widerstandes gegen einen auf seinem (gepachteten) Revier den Forstschutz ausübenden Beamten sich schuldig machen; so zit. RG. E. 2 170 mit der weiteren zutreffenden Ausführung, daß die Absicht des Täters, sein Jagdrecht zu schützen, ihn nicht straflos machen könne, wenn er dazu ein unstatthaftes Mittel anwende.

Aber auch dann, wenn eine Hdlg. an sich im Interesse des Forstschutzes seitens eines Forstbeamten vorgenommen wird, die Befugnis des Beamten aber nicht aus seiner Eigenschaft als Forstschutzbeamter hergeleitet werden kann, entfällt damit die Anwendbarkeit des

Digitized by Google

§ 117; so RG. II 18. Dez. 03 E. 37 32 btr. die Vornahme einer Durchsuchung seitens eines Kgl. PrOberförsters in einem Dorfe, zu der er als Forstschutzbeamter überhaupt nicht berechtigt war; vgl. N. 9 vorl. Abs.

Noch weniger kann § 117 Anwendung finden, wenn Forst- o. Jagdbeamte bei einer Haussuchung als Interessenten (Rekognoszenten) oder als Zeugen gemäß StPO. § 105$_2$ zugezogen werden; Berlin 13. Sept. 72 O. 13 449, Oppenh.-O. N. 10.

9) Eine weitere Beschränkung als die in N. 8 dargelegte entspricht nicht dem Sinne des Gesetzes. Demnach findet § 117 Anwendung auf alle Fälle des Widerstandes, der den daselbst genannten Personen in der Vornahme einer innerhalb ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit gelegenen, die Ausübung des Forst- o. Jagdschutzes bezweckenden Handlung geleistet wird. So: RG. I 21. Feb., II 4. Okt. 81, N. 3 62, 582, Berner S. 391, Geyer 2 143, Hälschner 2 817, v. Liszt S. 557. Deshalb fällt auch der Widerstd. unter § 117, der gegen die nach allg. Rechte zustehende Ergreifung auf frischer Tat und Zuführung vor die Polizeibehörde geleistet wird; Berlin 9. Juli 79 O. 20 329.

Daraus folgt, daß der Widerstd. auch dann aus § 117 strafbar sein kann, wenn die den Forstschutz bezweckende Handlung außerhalb des btr. Reviers vorgenommen wurde; so RG. III 15. Mai 80 E. 2 167, welches namentl. dagegen sich wendet, daß dem § 117 eine mit der Auslegung, welche das PrG. v. 31. März 1837 in der PrPraxis gefunden, dahin übereinstimmende Auslegung zuteil werden müsse, es seien die Amtshdlgen i. S. des § 117 auf die im Forste ausgeführten oder auf solche zu beschränken, die im unmittelbaren Zusammenhange mit den im Forst vorgenommenen ständen; so ferner RG. I 20. Mai 86 N. 8 367 u. — die frühere Beschränkung auf Forst- u. Jagdbeamte o. mit forstpolizl. Funktionen betraute Privataufseher (vgl. N. 7$_1$ u. insbs. RG. I 13. Okt. 81, IV 29. Jan. 86, N. 3 624, 8 102) fallen lassend — II 5. Apr. 89 E. 19 101; vgl. auch btr. der Privataufseher RG. I 19. Juni 90 E. 21 10. Dementsprechend ist in der Praxis des RG. angenommen worden, daß im Geltungsgebiete des PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 ein obrigkeitlich beeidigter Forstschutzbeamter bzw. ein Forsthüter i. S. des PrFFPG. § 62 auch ohne allgemeine oder spezielle Anweisung der Lokalpolizeibehörden zu jagdpolizeil. Funktionen außerhalb ihres Schutzgebietes befugt (II 1. Okt. 80, 8. Dez. 82, 19. Feb. 84, E. 2 307, 7 272, 10 106), sowie daß bei Ergreifung auf frischer Tat auch der während des Transportes außerhalb des Schutzbezirkes geleistete Widerstd. aus § 117 strafbar sei (IV 29. Jan. 86 N. 8 102), dsgl. der Widerstd., der einem Forstbeamten geleistet werde, wenn er in Ausführung o. Fortsetzung einer wg. Verletzung der Forstgesetze begonnenen Verfolgung gemäß StPO. § 161 seines Fragerechtes außerhalb des Reviers sich bedient; I 26. Okt. 93 E. 24 344; ähnlich I 17. März 90 E. 20 344 für das Geltungsgebiet des Ausschr. des KurhessStaatsm. v. 1. Juni 1822.

Allerdings kann das Recht der im § 117 bezeichneten Personen zur Ausübung der Jagdpolizei nicht etwa ins Grenzenlose erstreckt werden; dies erkennt insbs. RG. IV 27. Juni 84 N. 6 478 an. Vielmehr ist hier und überall zur Rechtmäßigkeit der Ausübung des Jagd- u. Forstschutzes eine räumliche Beziehung der zu diesem Zwecke vorgenommenen Hdlg. des Beamten ꝛc. zu seinem Reviere für erforderlich zu erachten; eine solche ist unbedingt vorhanden, wenn die strafb. Hdlg. selbst in dem btr. Schutzreviere des Beamten geschah (so in dem Falle des zit. RG. N. 8 367), sie lag aber auch vor in den Fällen, welche in den zitt. RG. E. 10 106, N. 6 478 zur Entscheidung kamen, weil hier die strafb. Hdlg. auf dem an den Schutzbezirk des Beamten angrenzenden Territorium geschehen war. Dieser Gesichtspunkt des räumlichen Zusammenhanges trifft, wie namentl. Meves u. v. Schwarze betonen, insbs. auch zu: wenn der Beamte ꝛc. Wilddieben ꝛc. auf einem den Forst durchschneidenden Kommunikationswege begegnet (Berlin 17. Juli 76 O. 17 531, Stuttgart 18. Feb. 74 St. 4 18) oder aus dem seiner Aufsicht unterstellten Revier heraus über dessen Grenzen die Verfolgung eines Holz- o. Wilddiebes ꝛc. fortsetzte (Dresden 23. Sept. 72, Berlin 6. Jan., 17. Dez. 75, München 12. Apr. 75, St. 2 82, 4 279, 5 282, 34, Berlin 30. Juni 73, 30. Jan. 74, 10. Jan. 77, O. 14 480, 15 47, 18 20), oder wenn er, auch ohne sein Revier bereits betreten zu haben, Holzdiebe ꝛc. aus ihm herauskommen

Digitized by Google

sieht oder solche mit Holz- oder Jagdbeute versehen in unmittelbarer Nähe des Reviers antrifft und daraus entnimmt, daß sie in ihm Holz- o. Wilddiebstahl ausgeübt hätten; so: Stuttgart 18. Feb., 29. Apr. 74, München 12. Apr. 75, St. 4 18, 19, 5 34, Hälschner 2 218, Reves N. 7, StRZ. 12 285, 604 u. HH. 4 320, v. Schwarze N. 1; aM.: Berlin 1. Mai, 13. Sept. 72, 6. Jan. 75, O. 13 289, 449, 16 25, Oppenh.-D. N. 10 (§ 117 sei nur anwendbar beim Widerstde innerhalb des Forstreviers oder gegen eine innerhalb desselben begonnene und unmittelbar aus demselben heraus fortgesetzte Ausübung des Amtes ꝛc.); vgl. auch John, HH. 3 141, der unterscheidet.

Bei vorliegendem unmittelbaren Zusammenhange mit einer dem Beamten forstdienstlich obliegenden Verfolgung von Spuren einer Zuwiderhandlung gegen die Forst- o. Jagdgesetze ist die Anwendbarkeit des § 117 auch in dem Falle zu bejahen, wenn der Beamte — z. B. bei einer Durchsuchung — selbständig als Hilfsbeamter der StAschaft. (StPO. § 105$_2$) tätig ist; so RG. II 15. März, 13. Dez. 92, G. 40 40, E. 23 357, IV 29. Jan 04 G. 51 182.

Anders dagegen, wenn eine Durchsuchung zwar durch Wahrnehmungen im Forst veranlaßt wird, das amtliche Eingreifen aber nicht im Forst beginnt, die Durchsuchung vielmehr einen für sich bestehenden Verfolgungsakt eines Hilfsbeamten der StAschaft bildet, oder wenn der Forstbeamte in seiner Eigenschaft als Polizei- o. Sicherheitsbeamter erst später auf Ersuchen o. im Auftrage einer Behörde (StPO. § 105$_1$) außerhalb seines Reviers tätig wird; vgl. RG. zit. E. 23 357, I 26. Okt. 93 E. 24 344 sowie das N. 8$_2$ zit. RG. E. 37 32.

Anders ferner dann, wenn der Forstbeamte, dem die Eigenschaft als Hilfsbeamter der StAschaft kraft seines Amtes zukommt, den Forstschutz in einer Privatwaldung zuf. Auftrages einer Privatperson ausübt; RG. I 16. Sept. 95 G. 43 372.

10) Für den Fall des Widerstandes (im Gegensatze zum tätl. Angriff) setzt § 117, wie § 113 (das. N. 20a), voraus, daß die Amtshdlg. bereits begonnen hatte oder doch deren Ausführung als eine auf bereits gefaßten Entschluß oder getroffene Anordnung beruhende Maßregel unmittelbar bevorstand; daraus ergibt sich folgeweise das gleiche Verhältnis zum § 114 (das. N. 7a); RG. III 23. Feb. 88 N. 10 179, auch II 12. Juli 81 E. 4 374.

Im übrigen sind folgende Noten zum § 113 zu vergleichen:

a. N. 20, wegen des durch die Präposition „in" und „während der Ausübung" bedingten Unterschiedes;

b. N. 21—24, wegen „Widerstand leisten durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt" (s. jedoch auch u. N. 14 wegen des Begriffs der Gewalt);

c. N. 25, wegen „tätlich angreifen";

d. N. 27, 28, wegen des Dolus (vgl. insbs. die das. N. 27 zitt. RG. N. 9 382, 473, btr. § 117); bei Widerstandsleistung ꝛc. gg. die im § 117 bezeichneten Privatpersonen hat übrigens RG. II 7. Jan. 90 E. 20 156 (in weiterer Entwickelung des N. 7$_2$ dargelegten Gedankens) angenommen, daß die Regel Platz greife, wonach der Täter das Bewußtsein von der Rechtmäßigkeit der Rechtsausübung gehabt haben müsse; gegen die hieraus sich ergebende Zwiespältigkeit des Dolus beim gleichen Delikt mit Recht Binding Lb. 2 787 N. 2.

e. N. 29, wegen des Verhältnisses des §. zur Notwehr.

Zu § 117 Absatz 2. N. 11—14.

11) Als ein straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 erscheint es, wenn „der Widerstand oder der Angriff unter Drohung mit Schießgewehr, Äxten oder anderen gefährlichen Werkzeugen erfolgt" (N. 11—13), wobei hinsichtlich dieser eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulässig ist; Wertheimer Mischgesetze S. 33.

Die Wendung „unter Drohung" ist gewählt, weil der straferhöh. Umst. auch auf die Fälle des „Widerstandes durch Gewalt" sowie „des tätlichen Angriffes" sich bezieht.

Die „Drohung" (§ 48 N. 11a), die nicht in dem Sinne eine ernstgemeinte zu sein braucht, daß der Drohende ihre Vollziehung beabsichtigt (vgl. auch §§ 240 N. 9, 241 N. 6), muß „mit Schießgewehr ꝛc." erfolgen, was nur so verstanden werden kann, daß der

Digitized by Google

Drohende dieses Werkzeuges als Mittels der Drohung in wahrnehmbarer Weise für den Bedrohten sich bedient; RG. II 17. Apr. 96 E. 28 314, Binding Lb. 2 794, Oppenh.-D. N. 18.

Ausdrücklich ist die Drohung nur hinsichtlich des Mittels, das behufs Zufügung des in Aussicht gestellten Übels angewendet ist, näher bestimmt, in Wahrheit aber auch gleichzeitig hinsichtlich des Übels selbst; denn eine mit Schießgewehr 2c. erfolgende Drohung geht jedenfalls auf Zufügung von Gewalt; es wird aber weiter anzunehmen sein, daß, wie die „an der Person" begangene Gewalt (N. 14) einen straferhöh. Umst. bildet, so als solcher auch nur die unmittelbar gegen die Person sich richtende Drohung mit Schießgewehr 2c. i. S. des Abs. 2 in Betracht komme; Oppenh.-D. N. 18. Es würde hiernach z. B. eine Bedrohung des Pferdes eines berittenen Waldeigentümers mit einer Axt (§ 113 N. 23 b) nur unter Abs. 1 fallen, unter Abs. 2 dagegen lediglich eine gegen den Waldeigentümer selbst gerichtete Drohung.

12) Das Mittel der Drohung muß ein „gefährliches Werkzeug" sein.

a) Was den Begriff des „Werkzeuges" betrifft, so wohnt ihm an sich die Zweckbestimmung bei; es ist ein zu einem bestimmten Zwecke durch menschliche Tätigkeit vorgebildetes Mittel; Berner S. 115. Allein diese Bedeutung erscheint i. S. derjenigen Bestimmungen des StGB., in denen jener Ausdruck vorkommt (vgl. noch §§ 223a, 367[10] u. 243[3]), zu eng. Zwar ist in diesen Gesetzesstellen mit „Werkzeug" nicht der weitgehende strafrechtl. Begriff zu verbinden, wonach es überhaupt jedes Mittel bezeichnet, dessen der Täter zur Ausführung einer Straftat sich bedient; gegen diese Auffassung spricht der nähere Inhalt der angeführten Gesetzesvorschriften; in den §§ 223a u. 367[10] wird das „Werkzeug" als „gefährliches" zusammengestellt mit „Waffen, insbs. einem Messer", im § 117 gleichfalls als „gefährliches Werkzeug" mit Waffen (i. w. S.) spezieller Art, nämlich mit „Schießgewehr und Äxten" — im § 243[3] aber „mit falschen Schlüsseln", durchweg also mit beweglichen Gegenständen, mittels derer in direkter Weise mechanisch eine Einwirkung auf den Körper eines anderen bzw. auf eine fremde Schließvorrichtung vorgenommen oder wenigstens in Aussicht genommen wird. Hiernach scheiden von vornherein aus Teile des menschlichen Körpers selbst (RMG. I 26. Jan. 03 E. 4 153 btr. § 223a), so daß z. B. nicht der mit einem Stiefel bekleidete Fuß, sd. nur der Stiefel als gef. Werkzeug erscheint (§ 223a N. 5[3]), ferner dritte Personen, deren jemand sich bedient. Ferner aber können als (gefährl.) Werkzeug i. S. der §§ 117, 223a, 367[10] nicht angesehen werden einerseits ein Gegenstand, der nicht wenigstens geeignet ist, in Bewegung gesetzt zu werden (RG. I 2. Nov. 93 E. 24 372, speziell btr. § 223a), andererseits ein Tier, namentl. ein Hund, insofern er auf einen anderen gehetzt wird (RG. II 1. Juni 83 E. 8 315, Geyer HH. 4 373 N. 4, im Resultate auch im Grundr. 2 10, v. Liszt S. 318, Bernau Gefährl. Werkzeug S. 63 f.). Dagegen muß es nach dem Zwecke sämtlicher bezeichneter Gesetzesstellen gleichgültig erscheinen, ob der zur direkten mechanischen Einwirkung geeignete Gegenstand von vornherein mit bewußter Zweckbestimmung durch Menschenhand geschaffen worden oder ob einem solchen Gegenstande — insbs. einem bloßen Naturprodukte oder einem seiner ursprünglichen Zweckbestimmung durch Beschädigung entzogenen Kunstprodukte — erst später durch den menschlichen Willen eine, vielleicht nur eine ganz vorübergehende Zweckbestimmung verliehen ist; Hälschner 2 95, Frank § 223a N. II 1, Villnow GS. 37 620. Demgemäß ist mit Recht für ein (gefährl.) Werkzeug erachtet worden: ein Stein in seiner natürlichen Beschaffenheit; Berlin 20. Apr. 77 St. 7 108, Oppenh.-D. § 223a N. 3; eine zerbrochene Literflasche; Stuttgart 24. Jan. 77 St. 7 299; aM. Geyer HH. 4 272, insofern er von Menschen verfertigte Gegenstände fordert; ebenso Bernau aO. S. 11, 14 ff., 62 N. 4. Unter Umständen wird deshalb auch ein Tier als (gefährl.) Werkzeug angesehen werden können; so wenn mittels desselben (z. B. einer Katze) gegen den anderen geworfen wird; v. Liszt, Frank aO.

b) Das „Werkzeug" muß ein „gefährliches" sein. Das Moment der „Gefährlichkeit" ist hier ebenso unzweifelhaft auf die Person des „Bedrohten" zu beziehen wie in den §§ 223a, 367[10] sowie im MStGB. § 97 auf die Person des Verletzten bzw. des in die Schlägerei Verwickelten. „Gefährlich" erscheint aber für eine Person nicht nur, was ihr

Digitized by Google

„Leben" (vgl. § 223a „eine das Leben gefährdende Behandlung") bedroht, sondern auch was nach den objektiven Verhältnissen zu der berechtigten Besorgnis Anlaß gibt (vgl. § 52 N. 7 wegen „Gefahr"), daß die Integrität oder Gesundheit des „Leibes" der Person eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung erfahren könne (v. Buri GS. 34 347 btr. § 223a); ist das der Fall, dann wird man die „Person" selbst als „gefährdet" anzusehen haben.

Die Beantwortung der Frage aber, ob ein „gefährliches Werkzeug" anzunehmen sei, wird für den Fall des § 117_2 von einem anderen Gesichtspunkte aus erfolgen müssen als für die Fälle der §§ 223a u. 367^{10}. Denn in diesen handelt es sich um eine stattgehabte Anwendung des „gefährlichen Werkzeuges" — die Frage ist daher nur nach Maßgabe der tatsächlichen Anwendung des Werkzeuges zu beantworten; im § 117_2 kommt aber die Anwendung in Betracht, die nach Maßgabe der Drohung mit dem gefährlichen Werkzeuge für die Zukunft zu befürchten stand. Läßt die Drohung deutlich erkennen, welche Anwendung der Drohende von dem Werkzeuge machen wollte, so hat die Beurteilung seiner Gefährlichkeit von dieser Darlegung des Willens auszugehen; war dagegen die Art der in Aussicht stehenden Anwendung nicht so klar ersichtlich, so wird nur die Anwendung zu berücksichtigen sein, die dem Werkzeuge seiner eigentlichen Bestimmung nach zukommt; vgl. Rubo N. 7 (die Gegenstände, welche kraft ihrer Bestimmung oder bei der jeweilig in Aussicht genommenen Art ihrer Benutzung . . . schädlich sein können). Abweichend wollen H. Meyer S. 629, v. Kries G. 25 47 sowie Meves N. 10 u. StRZ. 12 288 den Begriff des gefährlichen Werkzeuges i. S. des § 117 lediglich nach objektiven Momenten bestimmen als „ein solches Werkzeug, bei dessen Anwendung zu Verletzungen regelmäßig erhebliche Verletzungen entstehen", bzw. welches „in der Hand eines jeden Menschen dem Leben und der Gesundheit des Bedrohten Gefahr bringt"; aM. ferner: v. Liszt S. 558 N. 4 u. v. Schwarze N. 14_1, die oben vertretene Unterscheidung werde durch die Ausdrücke des Gesetzes nicht unterstützt.

13) „Schießgewehr" und „Äxte" werden, wie aus dem Worte „anderen" erhellt, lediglich als Arten der „gefährlichen Werkzeuge", offenbar ihrer praktischen Wichtigkeit wegen, hervorgehoben; sie müssen daher auch alle Eigenschaften dieser letzteren teilen. Da nun insbs. die „Gefährlichkeit" ein objektives Erfordernis ist (N. 12b), das durch das subjektive Gefühl des Bedrohten keineswegs ersetzt werden kann, so ergibt sich, daß durch das Anschlagen mit einem ungeladenen Gewehr eine unter Abs. 2 fallende Drohung selbst dann nicht begangen wird, wenn der Bedrohte das Gewehr für geladen hielt; anders die GM., insbs. RG. III 25. Okt. 83 E. 9 176; vgl. aber Binding Lb. 2 794 N. 3, der das ungeladene Schießgewehr nur als gef. Werkzeug (N. 12) ansieht.

Der Begriff „Schießgewehr" erscheint einerseits weiter als „Feuergewehr" (§§ 367^8, 368^7), andererseits an sich enger als „Schießwerkzeug" (§ 367^8); wie aber „Feuergewehr" jede Feuerwaffe bezeichnet, so auch wohl „Schießgewehr" jede Schußwaffe.

14) Als ein zweiter straferhöh. Umst. (N. 11) stellt die Begehung des Widerstandes o. des Angriffs „mit Gewalt an der Person" sich dar. „Gewalt an der Person" ist nicht gleichbedeutend mit „Gewalt gegen die Person" (§§ 249, 252, 255); denn während für diese ausreichend ist, daß die Vergewaltigung der letzteren bezweckt werde, erfordert jene, daß die Gewalthdlg. die Person selbst getroffen hat, daß also auf letztere eine (direkte) Einwirkung geschehen ist; RG. II 28. Juni 87 E. 16 172 (i. c. verneinend, daß ein auf eine Person abgegebener, diese aber unberührt lassender Schuß als solcher eine Gewalt an der Person darstelle, während letztere darin gefunden werden könne, daß der Betreffende infolge des auf ihn abgegebenen Schusses einen heftigen Luftdruck am Kopfe verspürte); auch Binding Lb. 2 794, v. Liszt S. 352 u. Frank § 52 N. $1\,1_3$ nehmen einen Unterschied an. AM.: Hälschner 2 818 u. GS. 35 22, Merkel HH. 4 417, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 13, die beide Wendungen für gleichbedeutend erachten. Hälschner u. Merkel aO. sehen folgeweise sich genötigt, unter „Gewalt" i. S. des Abs. 1 des § 117, die „an der Person" des Beamten nicht ausgeübt zu sein braucht, nur die indirekt gegen die Person sich richtende Gewalt zu verstehen, während v. Buri aO. (ebenso v. Streit Widersetzung S. 77) den Unterschied darin findet, daß die §§ 117_1, 253 neben der Gewalt gegen Sachen

Digitized by Google

nur die geringere Gewalt gegen Personen, die §§ 117_2, 255 dagegen nur die erheblichere Gewalt an Personen umfaßten (vgl. übrigens § 255 N. 2).

Die Bestimmung des Wesens des straferhöh. Umst. der „Gewalt an der Person" gegenüber der in dem „tätlichen Angriff" bestehenden Alternative des Abs. 1 bietet hiernach keine Schwierigkeit, da letztere begrifflich ein körperliches Anfassen der Person nicht erfordert (§ 113 N. 25); RG. I 18. Nov. 82 E. 7 301, IV 25. Juni 95 G. 43 131, Hälschner 2 819 u. GS. 35 23.

Wird übrigens durch die „an der Person" verübte Gewalt eine „Körperverletzung" verursacht, so findet nicht § 117_2, sondern vielmehr § 118 Anwendung.

Zu § 117. Verhältnis zum § 113; Strafsanktion; Verjährung, Zuständigkeit. N. 15—17.

15) Soweit es um den Widerstand gegen einen die Eigenschaft eines Exekutivbeamten besitzenden Forst- o. Jagdbeamten sich handelt, findet nicht § 113, sondern § 117 als das spezielleren Strafgesetz Anwendung; RG. I 18. Nov. 82 E. 7 301, Berlin 6. Jan. 75 D. 16 25.

Soweit ferner § 113 als spezielleres Gesetz den § 114 (das. N. 7a) ausschließt, muß folgeweise auch § 117 den § 114 ausschließen, weshalb insoweit die Möglichkeit einer Idealkonk. entfällt; RG. III 31. Jan. 01 E. 34 113, Binding Lb. 2 785 N. 6.

16) Die ordentliche Hauptstrafe ist im Falle des Abs. 1 Gef. v. 14 T.—3 J., im Falle des Abs. 2 Gef. von 3 Mt.—5 J. (§ 16).

Für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13b ff.) ist die Strafe im Falle des Abs. 1 Gef. von 1 T.—1 J., im Falle des Abs. 2 Gef. von 1 Mt.—5 J.; wegen der obligatorischen Anwendung dieser milderen Strafe vgl. E. I Abschn. 4 N. 16.

17) Die Strafverfolgung verjährt sowohl im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 2 nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist: im Falle des Abs. 1 Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^1, 75^1; im Falle des Abs. 2 Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 118.

Ist durch den Widerstand oder den Angriff eine Körperverletzung dessen, gegen welchen die Handlung begangen ist, verursacht worden, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrG. v. 31. März 1837 § 4. Entw. I § 102 Abs. 3, II § 116. StB. S. 436 f.

Vgl. § 119.

1) § 4 des PrG. v. 31. März 1837 — und im Anschluß daran auch noch Entw. I § 102_3 — begann mit den Worten: „Ist eine körperliche Beschädigung erfolgt". Dem wurde im Kommissions-Entw. die später zum Gesetze erhobene Fassung an die Stelle gesetzt, ohne daß die Motive oder die beiden Schriftführer der Bundesratskommission, Rubo und Rüdorff, in ihren Kommentaren über den Grund dieser Änderung Aufschluß geben; dagegen gibt ein Mitglied jener Kommission, v. Schwarze S. 1 A. 4, an, daß die Änderung „auf der Zweckmäßigkeit eines übereinstimmenden Sprachgebrauchs und der Verwertung der gesetzlichen Bestimmungen über die Körperverletzung" beruhe.

2) § 118 enthält einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 zu dem einen Tatbestand des § 117_2; RG. I 13. Apr. 92 E. 23 69.

3) Der straferhöh. Umst. besteht in der Verursachung „einer Körperverletzung dessen, gegen welchen die Hdlg. begangen ist", durch den Widerstd. oder den Angriff. Die Substituierung des Wortes „Körperverletzung" statt „körperliche Beschädigung" (N. 1) wird man dahin aufzufassen haben, daß eine Körperverltzg. i. S. des § 223 verursacht sein muß; freilich wird dann ein „mit Gewalt an der Person" begangener Widerstand (§ 117_2 N. 14) fast durchweg zugleich als ein Widerstand unter Verursachung einer „Körperverletzung" sich darstellen. So die GM., insbs. RG. II 1. Juli 84 E. 11 24. AM. Meves StRZ. 12 289,

Digitized by Google

ferner Wagner Jagdgesetzgbg. S. 210 u. Herbst G. 26 31 in der Annahme, daß eine „Mißhandlung" notwendig vorsätzlich sein müsse (s. u. N. 4).

4) Die Praxis nahm an, daß § 4 PrG. v. 31. März 1837 nur von vorsätzlichen Körperbeschädigungen handle (Hartmann PrStrafgesetze 1. Aufl. S. 168 N. 1); zu einer solchen beschränkenden Auslegung bietet aber der Wortlaut der Vorschrift, zumal auch nach der jetzigen Fassung (N. 1), keinen Anlaß, denn es kommt danach nur auf den — mittels der Präposition „durch" klar bezeichneten (vgl. Villnow G. 24 115) — ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Widerstand bzw. Angriff und der Körperverletzg. an, ohne daß das Gesetz eine subjektive Verschuldung erforderte oder auf dieselbe Gewicht legte (E. I Abschn. 4 N. 3_2). So: Dresden 19. Aug. 72, Jena 27. Nov. 72, Berlin 25. Juni 75, St. 2 83, 3 5, 5 284, Meves HH. 4 322 u. StRZ. 12 288, Geyer 2 143, v. Liszt S. 163 N. 8, Schütze S. 270 N. 38, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2, Wahlberg ZStrW. 2 207, Birkmeyer Ursachenbegr. S. 16, 53, Rupp Mod. Recht S. 60 f. AM. Wagner Jagdgesetzgbg. S. 211; vgl. auch Binding Lb. 2 794 (1 16 ff.).

5) Aus dem N. 4 Bemerkten folgt, daß bei einer lediglich auf Grund der §§ 117, 118 beruhenden Feststellung die Verurteilung nicht auch wegen „Körperverletzung" (§§ 223 ff.) ausgesprochen werden darf; Berlin 10. Dez. 75 O. 16 792. Da aber § 118 nicht davon ausgeht, daß die Körperverletzg. weder eine vorsätzliche noch eine fahrlässige sein dürfe, so findet Idealkonk. (§ 73) mit den §§ 223 ff. statt, sobald die Vorsätzlichkeit o. Fahrlässigkeit der Körperverletzg. festgestellt ist; Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 3; vgl. Thomsen Versuch S. 105 ff.

6) Ein Versuch des Verbr. ist nicht denkbar, weil der objektive Umstand dem Widerstand bzw. Angriff nicht vorangehen kann (§ 43 N. 5); Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 3.

7) Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—10 J. (§ 14_2).

Die für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstrafe ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16).

Als Nebenstr. kann neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 BbER. erkannt werden.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 119.

Wenn eine der in den §§. 117 und 118 bezeichneten Handlungen von Mehreren gemeinschaftlich begangen worden ist, so kann die Strafe bis um die Hälfte des angedrohten Höchstbetrages, die Gefängnißstrafe jedoch nicht über fünf Jahre erhöht werden.

PrG. v. 31. März 1837 § 5. Entw. I § 104, II § 117.

1) Der § 119 enthält einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sowohl zu dem einfachen Tatbestande des $§ 117_1$, als auch zu den qualifizierten des $§ 117_2$ und des § 118; in den letzteren Fällen konkurrieren sonach mehrere straferhöh. Umst. (§ 73 N. 21a).

Soweit die straferhöh. Umst. des $§ 117_2$ bzw. § 118 in Betracht kommen, hat die Anwendung des § 119 zur Voraussetzung, daß auch jene auf gemeinschaftlicher Ausführung seitens mehrerer beruhen.

2) Der straferhöh. Umst. besteht in einer „gemeinschaftlichen Begehung" durch „Mehrere" (§ 47 N. 1). Darüber, daß hier „Mittäterschaft" im eigentl. S. verlangt wird, vgl. § 47 N. 8, insbs. das dort zit. RG. R. 7 453, mit der Ausführung, im Falle des § 119 könne Gemeinschaftlichkeit vorliegen, wenn gegen den einen ein tätl. Angriff, gegen den anderen Widerstd. durch Bedrohung festgestellt werde, indem die Bedrohung Ausfluß des bewußten Mitwirkens des einen zu dem tätl. Angriff des andern sein könne u. umgekehrt (vgl. auch § 113 N. 20 vorletzt. Abs.); ebenso RG. III 8. Jan. 96 E. 28 100. Deshalb genügt eine Begehung „mit vereinten Kräften" (§ 115 N. 3c) nicht.

Eine verursachte „Körperverletzung" muß, da sie keine vorsätzliche zu sein braucht (§ 118 N. 4), einem jeden der „mehreren" zugerechnet werden, wenn sie auch nachweislich nur durch einen derselben verursacht ist; Berlin 1. Dez. 76 O. 17 782.

Digitized by Google

3) Die im § 119 fakultativ zugelassene Erhöhung der Strafe bezieht sich an sich auf alle in den §§ 117, 118 angedrohten Strafen, weshalb auch durch § 119 die Annahme mild. Umst. nicht ausgeschlossen ist; Berlin 1. Juni 75 St. 5 35, Oppenh.-D. N. 4.

Die Anwendung des § 119 auf die §§ 117, 118 hat hiernach zum Resultat, daß erkannt werden kann, im Falle des:

§ 117 Abs. 1, auf Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu vier und einem halben Jahre —
Abs. 1, 3, auf Gefängnis bis zu einem und einem halben Jahre —
Abs. 2 sowie Abs. 2, 3 unverändert —
§ 118 Abs. 1, auf Zuchthaus bis zu funfzehn Jahren —
Abs. 2, unverändert.

Die sonst unverändert bleibende Verjährungszeit der Strafverfolgung verlängert sich im Falle des § 118_1 nach § 67_1 auf funfzehn Jahre.

Die Zuständigkeit bleibt dieselbe, jedoch kommt bei § 117_1 die Zulässigkeit der Überweisung an das Schöffengericht in Wegfall.

§. 120.

Wer einen Gefangenen aus der Gefangenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, vorsätzlich befreit oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich behülflich ist, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 94. Entw. I § 99, II § 118.
MStGO. § 63[1].

Zu §§ 120—122. N. 1, 2.

1) Während „Gefangener" i. w. S. einen jeden seiner Freiheit Beraubten bezeichnet, wird hier darunter nur ein solcher zu verstehen sein, der durch ein Organ der Staatsgewalt als solches — kraft obrigkeitlicher Autorität — aus Gründen des öffentlichen Interesses seiner persönlichen Freiheit beraubt ist und infolgedessen in der Gewalt der zuständigen Behörde sich befindet; denn man wird den Inhalt eines §. dieses Abschnitts in Übereinstimmung mit seiner Überschrift zu erklären haben, soweit nicht der Wortlaut dem entgegensteht (§ 117 N. 1). So: RG. III 19. Apr. 82 N. 4 356 (btr. § 347_3), 9. Okt. 02 G. 50 104, IV 1. Mai 85, 19. Jan. 86, E. 12 162, 13 254, Dresden 8. Feb. 75, Berlin 30. Nov. 77, St. 5 285, 8 106, Hälschner 2 961, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 1, v. Schwarze N. 2, auch Johw HH. 3 150 u. HRl. „Gefangenbefr.", jedoch abgesehen von § 122 (das. N. 1).

Die Beraubung der Freiheit ist dabei tatsächlich zu verstehen (§ 122 N. 6), so daß die Herbeiführung eines Zustandes genügt, der als eine Unterwerfung des zu Verhaftenden unter die tatsächliche Gewalt der Obrigkeit sich darstellt; RG. IV 17. Dez. 89 G. 37 433, Binding Lb. 2 585, v. Liszt S. 558 f., Schütze S. 272, v. Schwarze N. 2. Demnach macht einerseits die bloße Ankündigung der Arretur den Betreffenden noch nicht zum Gefangenen (zit. RG. u. Dresden 19. Apr. 75 St. 5 285), andererseits aber ist auch eine solche Ankündigung bei eingetretener Freiheitsberaubung unerheblich (Dresden 5. Jan. 77 St. 7 195).

Ob die Haftnahme als materiell begründet zu erachten sei, ist für den Tatbestand der strafb. Hdlgen aus §§ 120—122 gleichgültig; Berlin 30. Nov. 77 G. 25 520, München ObersteLG. 22. Okt. 01 E. 2 98 (103); vgl. jedoch Binding Lb. 2 586.

2) Es rechnen deshalb namentlich zu den Gefangenen:

a) Strafgefangene und zwar jeglicher Art, sowohl solche, die eine Kriminal-, als auch solche, die auf Grund der Prozeßgesetze eine Ordnungs-Freiheitsstrafe, endlich auch solche, die eine Disziplinarstrafe verbüßen, also auch eine disziplinarisch zuerkannte Strafe auf dem „akademischen Karzer" abbüßende Studenten. Ferner die zum Zwecke der Vollstreckung einer Freiheitsstr. auf Grund eines Vorführungs- o. Haftbefehls bzw. Steckbriefes festgenommenen Personen; RG. IV 17. Dez. 89 G. 37 433, mit der weiteren

Digitized by Google

Ausführung, daß ein dem Transporteur übergebener Gefangener durch eigenmächtige Bewilligung eines Ausstandes seitens des Transporteurs nicht die Eigenschaft eines Gefangenen verliere. Dagegen nicht Schüler, die Schularrest abbüßen, da die Schuldisziplin mit der Hausdisziplin auf gleicher Stufe steht, und jenem eine Bedeutung für das öffentliche Leben (N. 1) nicht zukommt (f); so: Binding Lb. 2 585 N. 7, Oppenh.-D. N. 1; aM.: München OLG. 22. Apr. 90 E. 6 136, sofern der Schularrest in gesetzlich gebilligter Form verhängt werde, München ObersteLG. 22. Okt. 01 E. 2 98 (103), die Ansicht, daß der Schuldisziplin eine Bedeutung f. d. öffentl. Leben nicht zukomme, sei — für den vorliegenden Fall — nicht zutreffend, Frank N. II 3, Rüd.-St. N. 1.

b) Untersuchungsgefangene i. S. der StPO. sowie der MStGO. und auch solche Personen, die von einer Behörde i. S. der StPO. § 127$_2$ „vorläufig festgenommen" sind; RG. III 19. Apr. 82 N. 4 356 (btr. § 347), I 12. Okt. 85 E. 12 426, Dresden 12. Dez. 73 St. 3 294, John HRl. „Gefangenbefr.", H. Meyer S. 664, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1. Dagegen nicht die von Privaten vorläufig festgenommenen Personen; so: RG. IV 19. Jan. 86 E. 13 254, Dresden 12. Dez. 73 St. 3 294, Binding Lb. 2 585, 587, John HRl. „Gefangenbefr.", v. Liszt S. 558, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. aO., v. Schwarze N. 2; aM. Schütze S. 271 N. 40.

c) Personen, die infolge gerichtlichen Vorführungsbefehls nach Maßgabe der StPO. (vgl. §§ 50, 133, 134, 215, 229, 235, 370, 427, 489) festgenommen bzw. gestellt sind; RG. IV 1. Mai 85 E. 12 162, v. Liszt aO., Merkel S. 395.

d) Die auf Grund der ZPO. (vgl. §§ 888, 901, 918, 936) in Haft genommenen Parteien; v. Liszt S. 558, H. Meyer S. 664, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2.

e) Personen, die in ein Arbeitshaus nach Maßgabe des § 362 untergebracht sind; RG. III 18. Dez. 86 E. 15 217, Binding Lb. 2 584, v. Liszt S. 557, Oppenh.-D. N. 1.

f) Jugendliche Personen, die nach Maßgabe des § 56$_2$ oder auf Grund einer anderen Maßregel einer zuständigen Behörde (§ 55) in eine Erziehungs- o. Besserungsanstalt untergebracht sind, vorausgesetzt, daß letztere verpflichtet ist, die Freiheit der Bewegung der ihr überwiesenen Jugendlichen in einem das Maß der gewöhnlichen Schulzucht (a) überschreitenden Umfange zu beschränken und sie demgemäß einer schärferen Beaufsichtigung zu unterwerfen, als sie den solchen Anstalten freiwillig zur Erziehung überwiesenen Kindern zuteil wird; so: RG. I 8. Nov. 86 E. 15 39 u. damit sachlich übereinstimmend Frank N. II 1 (entscheidend sei, ob Organisation u. Disziplin der Anstalt einen freien Verkehr mit der Außenwelt gestatte), dsgl., jedoch ohne diese Beschränkung, v. Schwarze N. 2; aM.: Binding Lb. 2 585 N. 7, v. Liszt S. 558, H. Meyer S. 664.

g) Kriegsgefangene; Berlin 15. Juli 71 O. 12 416, Geyer 2 144, Rüd.-St. N. 1; auch wenn sie nur auf Ehrenwort interniert sind, denn alsdann sind sie nicht mehr faktisch, sondern nur moralisch in Gefangenschaft; so: Binding Lb. 2 586, Oppenh.-D. N. 6; aM.: v. Liszt aO., Merkel S. 395, H. Meyer S. 664 N. 10. Nach MStGB. § 159$_1$ ist jedoch das Entweichen eines Kriegsgefangenen unter Bruch des Ehrenworts mit dem Tode zu bestrafen, also auch die Beihilfe dazu strafbar.

h) Personen, die auf Anordnung einer Behörde in eine Irrenanstalt untergebracht sind; so: Berlin 30. Nov. 77 St. 8 106, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 2; vgl. auch das N. 1 zit. RG. G. 50 104 (der Umstand, daß jemand, der während seiner Internierung in einer Irrenanstalt aufgehört habe, Strafgefangener zu sein, schließe nicht aus, daß er gleichwohl Gefangener i. S. des § 120 sei); aM.: Binding Lb. 2 584 N. 7, John HRl. „Gefangenbefr.", v. Liszt aO., H. Meyer S. 664. Siehe jedoch letzt. Abs. dieser Note.

i) Personen, welche polizeilich — zu ihrer Sicherheit — in Verwahrung genommen sind (vgl. PrG. v. 12. Feb. 1850 § 6); Binding Lb. 2 584, John HRl. „Gefangenbefr.".

Werden Gefangene als solche von der zuständigen Behörde einem Kranken- o. Irrenhause übergeben, so wird durch die Überführung die Gefangenschaft nicht aufgehoben; so allg. Binding 2 584 N. 7, ferner: RG. I 20. Juni 89 E. 19 330 (btr. Untersuchungsgefangener), zit. G. 50 104 (btr. Strafgefangener), btr. dieser auch Löwe-H. § 493 N. 1; aM. Frank N. III wg. StPO. § 493.

Digitized by Google

Zu § 120. N. 3—10.

3) § 120 enthält einen Mischtatbestand, indem derjenige Dritte (vgl. dagegen §§ 121, 347) mit Strafe bedroht wird, der vorsätzlich „einen Gefangenen befreit" oder „ihm zur Selbstbefreiung behülflich" ist. Die nicht zweifellose Frage, ob bezüglich dieser beiden Tatbestandsmerkmale eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulässig sei, wird aus dem Sinne des Gesetzes heraus mit Wertheimer Mischgesetze S. 33 zu bejahen sein.

a) Die „Befreiung" bzw. „Selbstbefreiung" hat neben der durch die Staatsgewalt verwirklichten Gefangenschaft (N. 1) objektiv einen Angriff gg. diesen Akt der Staatsgewalt zur Voraussetzung (RG. III 20. Nov. 82 E. 7 244); deshalb genügt es nicht, wenn nur dem Beamten gegenüber das Verlangen kundgegeben wird, daß der Gefangene freigelassen werde, vielmehr wird eine Willensbetätigung vorausgesetzt, die darauf abzielt, den Gefangenen der Gewalt des Beamten durch eine unberechtigte Gegenwirkung gegen dessen Amtsausübung, sei es durch körperl. Zwang, sei es durch Drohung o. Täuschung, zu entziehen; RG. IV 16. Nov. 00 E. 34 8.

b) Die Selbstbefreiung, wenn sie nicht die Gestalt der Meuterei annimmt, ist als solche nicht strafbar, es würde daher auch die Beihilfe an sich straflos sein (§ 49 N. 1), wenn sie nicht kraft ausdrücklicher Bestimmung für strafbar erklärt worden wäre; vgl.: Geyer HH. 4 171, Hälschner 2 961, Schütze S. 272 N. 42, andererseits aber Binding Lb. 2 590 N. 3. Abgesehen davon, daß hier die Hilfe „dem Gefangenen zu Selbstbefreiung", bei der Beihilfe des § 49 aber „dem Täter zur Begehung eines V. o. V." geleistet wird, entspricht der Tatbestand vollständig dem der Beihilfe nach § 49; denn die Ausdrücke „vorsätzlich" und „wissentlich" sind gleichbedeutend (§ 49 N. 13), und unbedenklich wird hier so gut wie im § 49 (das. N. 10) die Beihilfe durch „Rat oder Tat" geleistet werden können. So: RG. II 16. Jan. 94 E. 25 65, München OberstesLG. 22. Okt. 01 E. 2 98 (106), v. Liszt S. 560, Frank N. III u. § 49 N. II 2, Rüd.-St. N. 4, v. Kries ZStrW. 7 536, auch H. Meyer S. 665 N. 14, der daraus auch die Strafbarkeit der Anstiftg. ableitet, die mindestens als intellektuelle Beih. in Betracht komme. In diesem Falle würde die Handlung allerdings strafbar sein, aber als Beih., nicht als Anstiftg., die als solche, wie auch Berlin 1. Okt. 74, Mannheim 13. Nov. 75, St. 4 281, 6 187 Binding Lb. 2 590, Geyer 2 144, Hälschner 2 961 u. v. Liszt aO. annehmen, straflos ist. Ist die Selbstbefreiung vollendet, was wesentlich tatsächlich zu beurteilen, so kann von einer Beih. zur Selbstbefreiung nicht mehr die Rede sein; die Verhütung der Wiederergreifung eines befreiten Gefangenen fällt nicht unter die Gesetzesvorschrift; zit. RG. E. 25 65.

4) Das Gesetz berücksichtigt zunächst die Befreiung aus der „Gefangenanstalt", unter der hier, wie im § 16 (das. N. 4), eine jede bauliche Herrichtung zu verstehen ist, die nicht bloß vorübergehend zur Aufnahme von Gefangenen i. S. der obigen N. 2 bestimmt ist; Oppenh.-D. N. 5, Rubo N. 3.

Es gehören deshalb (so auch Oppenh.-D. aO. btr. a u. b) zu den „Gefangenanstalten" insbs. auch:

a. die zur Aufnahme kranker Gefangenen bestimmten Stuben in Krankenhäusern;

b. die sog. Polizeigewahrsame;

c. die Irrenanstalten, in die Geisteskranke auf obrigkeitliche Anordnung aufgenommen werden.

Da hier nur die Aufnahme des Gefangenen in die „Gefangenanstalt" in Betracht kommt, so ist es gleichgültig, wenn diese, z. B. ein Polizeigewahrsam infolge plötzlichen Todesfalls des Schließers, zeitweise der Aufsicht eines Beamten entbehrt (N. 5).

5) Die Befreiung eines Gefangenen aus einer persönlich ausgeübten Gewalt berücksichtigt das Gesetz dagegen mit den Worten: „aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er (d. h. der Gefangene) sich befindet". Obschon dieser Relativsatz grammatisch nur auf „desjenigen" sich bezieht, so geht er doch inhaltlich auch auf die beiden vorhergehenden Substantiva „bewaffnete Macht" (§ 113 N. 9) und „Beamter" (§ 359); denn es kann nur dann von der Befreiung eines Gefangenen aus deren Gewalt

Digitized by Google

die Rede sein, wenn er „in deren Beaufsichtigung oder Bewachung" sich befindet (vgl. Entw. I § 99 „aus der Gewalt" des Beamten, unter dessen Beaufsichtigung 2c.").

Da es um die Befreiung „aus der Gewalt" des Beamten 2c. sich handelt, so kommt selbstverständlich nur die unmittelbare Beaufsichtigung 2c. in Betracht; deshalb kann die Bestimmung keinesfalls da Anwendung finden, wo jemand die Erlaubnis erhalten hat, die btr. Anstalt, in der er sich befand, ohne Begleitung (wenn auch nur zeitweise) zu verlassen; RG. I 8. Nov. 86 E. 15 39, Frank N. III.

Bei dieser Sachlage erscheinen die Ausdrücke „Beaufsichtigung" und „Bewachung" gleichbedeutend, wie auch im § 121 der letzteren nicht gedacht wird; Oppenh.-D. § 121 N. 4. Aber auch der Ausdruck „Begleitung" ist im Grunde gleichbedeutend, da darunter doch nur eine zum Zwecke der Beaufsichtigung dienende Begleitung verstanden werden kann (Bw. § 122_1 „mit der Beaufsichtigung Beauftragte").

Das Gesetz stellt der Befreiung aus der Gewalt „der bewaffneten Macht und des Beamten" diejenige aus der Gewalt anderer Personen, die weder zur bewaffneten Macht gehören, noch Beamte sind, zur Seite. Es dient diese Bestimmung, bei der an der Voraussetzung, daß die Gefangenschaft auf amtliche Anordnung hin bestehe, festzuhalten ist (Dresden 12. Dez. 73 St. 3 294, Hälschner 2 961, John HH. 3 150, Frank N. III, Rüd.-St. N. 3), wesentlich zum Schutze der Transporteure und der nicht beamteteten Aufseher bei der Außenarbeit; wird ein Gefangener als solcher (N. 2 letzt. Abs.) in eine Krankenanstalt, untermischt mit freien Kranken, gebracht, so gehört auch der mit seiner Beaufsichtigung als Gefangener betraute Wärter zu jenen Personen.

6) Wenn Abs. 2 den Versuch des Verg. (§ 43_2) für strafbar erklärt, so ist das nicht bloß von der „Befreiung" selbst, sondern auch von der „Beihilfe" zur „Selbstbefreiung" zu verstehen; denn die Möglichkeit eines Versuchs zur Beihilfe ist an sich vorhanden; so: das § 49 N. 23 zit. RG. N. 9 724, v. Liszt S. 560, Frank N. V, v. Schwarze N. 7; aM. Binding Lb. 2 590 N. 6. Übrigens enthält das bloße Verlangen der Freigabe eines Gefangenen noch keinen Anfang der Ausführung; vgl. das N. 3a zit. RG. E. 34 8.

7) Anstiftung (§ 48) zur Befreiung eines Gefangenen ist strafbar, auch wenn die Anstiftung von letzterem selbst ausgeht; so: RG. I 29. Nov. 80 E. 3 140, Hälschner 2 960, Oppenh.-D. N. 10, Meves G. 37 172 N. 8; aM.: Binding Lb. 2 591, Geyer 2 145, v. Liszt S. 560, H. Meyer S. 230 N. 49, Frank N. III, Kohler Studien 1 135, ferner die abfälligen Kritiken jener Entsch. von Geyer u. v. Kries ZStrW. 2 316, 7 522, 536 sowie Herzog u. v. Krämel GS. 34 81, 505; vgl. auch L. I Abschn. 3 N. 9. Der Grundsatz der Subsidiarität der gegen die Anstftg. gerichteten Strafbestimmung gegenüber derj. gegen die Haupttat (§ 73 N. $13b_2$) greift hier nicht Platz, da die Befreiung eines Gefangenen durch einen Dritten, auch wenn sie gegen den Willen jenes geschieht, strafbar ist.

8) Wegen des Verhältnisses zur Begünstigung vgl. § 257 N. 20.

Vgl. auch PrG. über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger v. 2. Juli 1900 § 21; da diese Strafvorschrift derj. des § 120 offensichtlich subsidiär ist (vgl. „abgesehen von den Fällen der §§ 120, 235"), so können ev. beim Vorliegen beider Tatbestände nicht die Grundsätze des § 73 Anwendung finden, vielmehr greift § 120 ausschließlich Platz; aM. Aschrott G. v. 2. Juli 1900 § 21 N. 1.

9) Die Strafe des vollendeten Verg. ist Gefängnis von 1 T.—3 J. (§ 16).

Die Bestrafung des Versuchs (N. 6) erfolgt nach § 44, insbs. Abs. 4.

10) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_3 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. Schöffen G. GVG. §§ 73^1, 75^1.

§. 121.

Wer vorsätzlich einen Gefangenen, mit dessen Beaufsichtigung oder Begleitung er beauftragt ist, entweichen läßt oder dessen Befreiung befördert, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft.

Digitized by Google

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert worden, so tritt Gefängnißstrafe bis zu drei Monaten oder Geldstrafe bis zu dreihundert Mark ein.

PrStGB. § 95. Entw. I § 100, II § 119.

1) Subjekt des Verg. aus § 121 ist der „mit der Beaufsichtigung oder Begleitung eines Gefangenen (vgl. § 120 N. 1, 2) Beauftragte"; die im § 120 (das. N. 5) ferner erwähnte „Bewachung" ist hier infolge eines Redaktionsfehlers ausgefallen. Als Täter kommt daher weder ein Dritter (§ 120 N. 3), noch ein Beamter (§ 347) in Betracht; so: John HH. 3 152, Oppenh.-D. § 120 N. 11, Rubo § 120 N. 1, v. Schwarze § 120 N. 7; aM. Binding Lb. 2 596, Täter könne auch ein Beamter sein, nur nicht ein zur „Hafthaltung" Berufener.

Die — eine Annahme des Auftrages voraussetzende — Beauftragung (vgl. „anvertrauen" im § 347_1) muß von einem amtlichen Organ, nicht von einer Privatperson, ausgegangen sein (§ 120 N. 1, 5). So: Hälschner 2 962, John HH. 3 152, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 2. Der mit der Beaufsichtigung 2c. eines Gefangenen von zuständiger Seite Beauftragte wird dadurch zu einem amtlichen Organ; da nun ein solcher Auftrag seiner Natur nach die Ermächtigung in sich schließt, geeignetenfalls selbständig die zur Sicherheit der Ausführung der Anordnung erforderlichen Maßnahmen zu treffen (RG. I 25. Sept. 82 E. 7 103), so erscheint ein solcher Beauftragter auch befugt, nach pflichtmäßigem Ermessen in dringend erachteten Fällen auf Grund der ihm selbst zustehenden Befugnis seinerseits Auftrag zur Beaufsichtigung 2c. zu erteilen, — was namentl. beim Transport mehrerer Gefangener notwendig werden kann; dies erkennt zit. RG. E. 7 103 für einen Fall an, in dem einem Beamten (Polizeibediensteten) der Auftrag zur Transportierung erteilt war; ebenso: Geyer 2 145, Hälschner aO.

Als i. S. des § 121 „beauftragt" wurde ein Krankenwärter angesehen, obgleich er nach seinem Kontrakte zur Übernahme solcher Aufsicht nicht gehalten war u. obgleich die Krankenhausverwaltung die Verantwortung für die Sicherheit von Kranken im allg. abgelehnt hatte; RG. I 20. Juni 89 E. 19 330.

2) Nach Absatz 1 wird bestraft, wer „vorsätzlich" (§ 59 N. 16) einen Gefangenen „entweichen läßt" oder „dessen Befreiung befördert". Im Gegensatz dazu bestraft Absatz 2 die „durch Fahrlässigkeit" (§ 59 N. 17) verursachte „Beförderung der Entweichung". Hieraus ergibt sich, daß „entweichen" hier, wie auch im § 347, in einem engeren und in einem weiteren Sinne gebraucht wird.

a) Im engeren Sinne des Abs. 1 (dsgl. des 347_1) sind „Entweichung" und „Befreiung" in einen Gegensatz dahin gesetzt, daß jene lediglich die „Selbstbefreiung" bezeichnet, diese dagegen jede unter Teilnahme Dritter bewirkte Befreiung, mag der Gefangene selbst dabei, in schlechtem oder gutem Glauben, mittätig sein oder nicht; ähnlich auch Hälschner 2 962; aM. RG. I 2. Jan. 82 E. 5 324 (btr. 347_2), die Verschiedenheit bestehe nur darin, daß das „Entweichenlassen das unterlassene Verhindern der Selbstbefreiung des Gefangenen, die Beförderung der Befreiung hingegen eine Unterstützung dieser Selbstbefreiung mittels positiver Tätigkeit zur Voraussetzung habe"; allein alsdann würden die Fälle der gegen oder ohne den Willen des Gefangenen bewirkten Befreiung unberücksichtigt bleiben.

b) Im weiteren S. des Abs. 2 (dsgl. des 347_2) bezeichnet „Entweichung" eines Gefangenen schlechthin seine Entziehung aus der Gefangenschaft, mag sie als Selbstbefreiung lediglich durch ihn, oder mag sie unter positiver Beteiligung Dritter bewirkt sein, sei es ohne sein Zutun (z. B. gg. seinen Willen oder in bewußtlosem Zustand) o. mit seinem Zutun, gleichgültig, ob er das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hatte o. nicht (z. B. wenn er die Strafzeit für abgelaufen hielt). Vgl. das zit. RG. 5 324, das gleichfalls zwischen Abs. 1 u. 2 unterscheidet, während RG. II 17. Nov. 03 E. 36 402 (unter Bezugnahme auf E. 5 324 u. 9 40 ohne zu unterscheiden bemerkt: „Entweichen" eines Gef. setze eine Entziehung aus der Haft kraft eigenen Willens voraus, während „Befreiung" in der Herbeiführung des tatsächl. Zustandes des Freiseins bestehe, der auch ohne Wissen u. Wollen des Gef. eintreten könne).

Digitized by Google

3) Im einzelnen ergibt sich hiernach (N. 2) folgendes:

a) Das „vorsätzliche Entweichenlassen eines Gefangenen" ist ein durch Unterlassung begangenes Kommissivdelikt (§ 1 N. 3a); denn es besteht in dem — trotz übernommenen Auftrags (N. 1_3) — unterlassenen Verhindern der Selbstbefreiung; so das N. 2 zit. RG. E. 5 324, Sturm Unterlassgsdel. S. 394, Aldoffer Unterlassgsdel. S. 134, Landsberg Kommissivdel. S. 195. Diese „Unterlassung" charakterisiert sich als „Beihilfe" zur Selbstbefreiung (§ 49 N. 1, 12). Gefunden wurde ein solches Entweichenlassen darin, daß ein Transporteur dem ihm anvertrauten Gefangenen gestattete, ohne seine Begleitung an den Bestimmungsort sich zu begeben; RG. IV 8. März 89 G. 37 172 (der Transporteur werde auch dadurch nicht straflos, daß der Gefangene sein Versprechen erfülle).

b) Die „vorsätzliche Beförderung der Befreiung eines Gefangenen" ist gleichbedeutend mit der im § 347_1 hervorgehobenen „Bewirkung o. Beförderung", da jedes „Bewirken" zugleich ein „Befördern" enthält; so: Hälschner 2 962, John HH. 3 152, Oppenh.-D. N. 6; aM. Schütze S. 272 N. 43, die „Bewirkung" sei ev. aus § 120 strafbar. Demnach ist mit Strafe bedroht: die durch einen Beauftragten selbständig bewirkte Befreiung eines Gefangenen oder die seitens eines Beauftragten durch positive Tätigkeit bewirkte „Beihilfe" (§ 49 N. 1) zur Selbstbefreiung, während die durch ein „Unterlassen" gewährte Beihilfe unter a fällt; aM. Binding Lb. 2 596 f., es handele sich nicht um Beih. im techn. S.

c) Die „fahrlässige Beförderung (vgl. „befördern oder erleichtern" im § 347_2) der Entweichung eines Gefangenen" umfaßt jedes Tun und Lassen eines Beauftragten, wodurch die Entziehung des Gefangenen aus der Gefangenschaft — gleichviel ob durch „Selbstbefreiung" oder durch „Befreiung unter Beteiligung Dritter" (Hälschner 2 963, v. Liszt S. 560) — eine „Förderung" (Erleichterung, Vorschub) erhält, d. h. wodurch die objektiven Voraussetzungen für die Haftentziehung günstigere werden; ob der Gefangene selbst mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit handelte, ist insbs. auch in diesem Falle gleichgültig; so das zit. RG. E. 5 324 (btr. § 347_2). Eine „Fahrlässigkeit" des Beamten allein kann die „Entweichung" in diesem Sinne nicht verursachen (d. i. „bewirken" i. S. des § 347_1; vgl. T. I Abschn. 3 N. 3); deshalb spricht Abs. 2 mit Recht nur von einem „durch Fahrlässigkeit Befördern"; John HH. 3 153, v. Prittwitz G. 30 147.

d) Über das Verhältnis des Vorsatzes zur Fahrlässgkt. vgl. RG. II 17. Nov. 03 E. 36 402.

4) Anstiftung (vgl. auch das N. 3d zit. RG. E. 36 402) seitens des Gefangenen selbst ist gegen diesen aus §§ 121, 48 strafbar (§ 120 N. 7); so: RG. III 13. Nov. 82 N. 4 812, Meves G. 37 172 N. 8; aM.: Geyer 2 145, H. Meyer S. 230 N. 49, Frank N. IV.

5) Wegen des Verhältnisses zur Begünstigung vgl. § 257 N. 20.

6) Die Strafe ist: im Falle des Abs. 1 Gefängnis v. 1 T.—3 J. (§ 16),

im Falle des Abs. 2 wahlweise Gefängnis von 1 T.—3 Mt. oder Geldstr. von 3—300 M. (§ 27); die für den Fall der Unbeibringlichkeit an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen.

7) Es verjährt die Strafverfolgung nach § 67_2 im Falle des Abs. 1 in fünf, im Falle des Abs. 2 in drei Jahren.

Zuständig ist: im Falle des Abs. 1 Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27;
im Falle des Abs. 2 SchöffenG.; GVG. § 27^2.

§. 122.

Gefangene, welche sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten angreifen, denselben Widerstand leisten oder es unternehmen, sie zu Handlungen oder Unterlassungen zu nöthigen, werden wegen Meuterei mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten bestraft.

Gleiche Strafe tritt ein, wenn Gefangene sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewaltsamen Ausbruch unternehmen.

Digitized by Google

Diejenigen Meuterer, welche Gewaltthätigkeiten gegen die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten verüben, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. § 96. PrG. v. 11. April 1854 § 5. Entw. I § 101, II § 120. StB. S. 437 f.

1) Wegen „Gefangener" vgl. § 120 N. 1, 2 sowie u. N. 6 aE. John HH. 3 145, beschränkt hier den Begriff auf Straf- u. Untersuchungsgefangene; da jedoch das Gesetz keine Beschränkung enthält, so ist eine andere als die in der Natur der Sache liegende nicht zu machen, d. h. Subjekt der Meuterei können nur solche Gefangene sein, welche überhaupt delinquieren können; Hälschner 2 963.

2) § 122 handelt von der „Meuterei" der Gefangenen (wegen militärischer Meuterei vgl. MStGB. §§ 103—105) und zwar seinem ganzen Inhalte nach einschließlich des Abs. 2. Es ergibt sich letzteres daraus, daß das PrStGB. § 96 die beiden Absätze des jetzigen § 122 in einen zusammengefaßt hatte und dabei doch allgemein das Vergehen als Meuterei bezeichnete; so: Berner S. 395 (Meuterei gegen Personen und Sachen), Hälschner 2 967, v. Schwarze N. 1a; aM.: John HH. 3 146 f. (Abs. 2 betreffe das von dem Begriffe der Meuterei ausgenommene Vergehen des Ausbruchs), Oppenh.-D. N. 2. Beim Zusammentreffen der Tatbestandsmerkmale der Abs. 1 u. 2 kann deshalb nicht von mehreren selbständigen Hdlgen die Rede sein; Hälschner aO.

Es behandelt § 122 die Meuterei, ohne Unterschied, ob sie begangen wird in einer Gefangenanstalt oder außerhalb einer solchen, und vereinigt insofern den Inhalt des PrStGB. § 96 mit dem des PrG. v. 11. Apr. 1854 btr. die Beschäftigung der Strafgefangenen außerhalb der Anstalt, ohne aber, wie letzteres, bei den außerhalb einer Anstalt beschäftigten Gefangenen auch schon die bloße Flucht bzw. den Fluchtversuch mit in den Tatbestand der Meuterei hineinzuziehen; Rüd.-St. N. 2.

3) Wegen „Zusammenrottung" vgl. § 115 N. 1, 3, insbs. die das. N. 1a zitt. den § 122 btr. Entsch. des RG. u. des RMG.

Besonders ist hervorzuheben, daß nach dem § 115 N. 2 Ausgeführten auch durch nur zwei Gefangene eine Zusammenrottung gebildet werden kann. So: RG. II 1. Juni 80, I 22. Okt. 85, E. 2 80, 13 17, Geyer 2 144, H. Meyer S. 664 N. 13, Schütze S. 270 N. 35, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 3, auch Hälschner 2 964, jedoch mit der richtigen Ausführung, daß es immer darauf ankomme, ob unter den gegebenen Umständen eine besondere Gefährlichkeit obwalte; so auch Binding Lb. 2 592, der jedoch Vereinigg. einer größeren Menge verlangt, weshalb die wenigen Mitinhaber einer Zelle nicht genügten. AM.: John 3 147, Rubo N. 3 (auch „drei" seien nicht genügend), während Rüd.-St. N. 3 u. v. Schwarze N. 3 gegen die bestehende Praxis große Bedenken hegen. Eine Mittelmeinung vertritt Heilborn ZStrW. 18 170.

Da eine schon bestehende Vereinigung zu einer Zusammenrottung sich gestalten kann, so ist es auch hier gleichgültig, ob die an der Meuterei sich beteiligenden Gefangenen bereits vereint verwahrt wurden oder nicht; zit. RG. E. 2 80, Binding Hb. 2 592, Hälschner 2 964, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 3.

4) In Abs. 1 u. 2 ist die gleiche Voraussetzung, daß Gefangene sich „zusammenrotten und mit vereinten Kräften" gewisse Handlungen begehen; notwendig ist deshalb das zeitliche Zusammentreffen von Zusammenrottung und Kräftevereinigung zum Zwecke der Vornahme einer der bezeichneten Hdlgen (so RG. IV 23. Okt. 03 G. 51 48, speziell btr. des Unternehmens des gewaltsf. Ausbruchs im Abs. 2). Jene, von derjenigen des § 115_1 abweichende Fassung (das. N. 3a) stellt zunächst außer Frage, daß der Zweck der Zusammenrttg. nur der allgemeine einer jeden Zusammenrttg. zu sein braucht, nicht aber notwendig auf die Verübung der in Abs. 1 u. 2 näher bezeichneten Hdlgen gehen muß; vgl. John HH. 3 145. Andererseits kann aber auch von vornherein eine der fr. Hdlgen der Zweck der Zusammenrttg. gewesen sein und letztere braucht alsdann äußerlich nicht anders

Digitized by Google

als eben durch diese mit vereinten Kräften begangene Hdlg. sich darzustellen; so RG. III 29. Apr. 86 N. 8 322; aM. Oppenh.-D. N. 3.

Aus jener Fassung folgt aber nicht, daß, wenn nur ein Gefangener eine solche Hdlg. verübte, trotz der Zusammenrottung mehrerer der Tatbestand der Meuterei ausgeschlossen sei, weil das Handeln mit vereinten Kräften mangele; das Wesen der Zusammenrttg. bringt es mit sich, daß auch die, welche nicht in einer der fraglichen Richtungen tätig werden, dennoch durch ihre bedrohliche Haltung an dem Angriffe 2c. teilnehmen. Daß der Angriff 2c., der gewaltsame Ausbruch selbst im eigentl. dynamischen S., das Ergebnis der Kräftevereinigung sämtlicher Meuterer sei, ist daher nicht erforderlich. So: RG. III 18. Dez. 86, II 20. Jan. 88, E. 15 217, 17 47, IV 24. Nov. 91 G. 39 326 (alle btr. Abs. 2), Binding Lb. 2 593, Hälschner 2 966, v. Liszt S. 559, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 5 A. 2. AM. John HH. 3 144, die aus § 122 zu Bestrafenden müßten sämtlich ihre Kräfte zur Begehung einer der in Abs. 1 u. 2 bezeichneten Handlungen vereint haben. Ist freilich die Kräftevereinigung, worin das Gefährliche liegt, dem § 122 begegnen will, durch eine räumliche Trennung z. B. der Ausführung unmöglich gemacht, so kann der von den übrigen Getrennte und deshalb an der Ausführung Unbeteiligte wegen Täterschaft aus § 122 auch dann nicht bestraft werden, wenn er an einer vorgängigen Zusammenrottung teilnahm u. die Tat mit vorbereitete; RG. I 8. März 97 G. 45 120.

Zu Absatz 1. N. 5, 6.

5) Die aus Abs. 1 strafb. Hdlgen und zwar: a. Angriff oder Widerstandleistung, entsprechend den Handlungen des § 113, b. Unternehmen der Nötigung zu Handlungen o. Unterlassungen, entsprechend der Hdlg. des § 114, richten sich gegen die „Anstaltsbeamten", d. h. die in den Gefangenanstalten (§ 120 N. 4) angestellten Beamten (§ 359), oder gegen „die mit der Beaufsichtigung Beauftragten" (§§ 120 N. 5, 121 N. 1).

a) Daß der Angriff o. die Widerstandleistung gegen einen Anstaltsbeamten bzw. Beauftragten in rechtmäßiger Ausübung des Amtes oder Auftrages geschehen sei, wird nicht erfordert (§ 120 N. 1_3); John HH. 3 143, Schütze S. 270 N. 35. Gegenüber einer unrechtmäßigen Ausübung kann aber nicht von einer Zusammenrttg. der davon betroffenen Gefangenen die Rede sein, ev. kommen auch die Grundsätze von der Notwehr zur Anwendung. Übrigens erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß die Widerstandleistung als eine solche „durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt", der Angriff aber als ein „tätlicher" gedacht sei (vgl. deshalb § 113 N. 21—24 bzw. 25). So Hälschner 2 965 und hinsichtlich des Angriffs: Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 5. AM. hinsichtlich des Widerstandes Frank N. II 2 u. Rüd.-St. N. 5, ferner: John HH. 3 143, Schütze S. 270 N. 35, Oppenh.-D. N. 8, die aus dem Schweigen des Gesetzes die wichtige materielle Folge ziehen, daß bereits „passiver Widerstd." strafbar werde; mit demselben Rechte würde man jedoch bereits einen „wörtlichen Angriff" für genügend halten müssen. Wie aber schon die ausdrücklich von einem „tätlichen" Angriff sprechenden §§ 113, 117 eine an der Person verübte Gewalt nicht zur Voraussetzung haben, so hat auch „Angriff" im § 122 die dem Ausdruck nach gem. Sprachgebrauche beiwohnende Bedeutung, wobei er jedoch so beschaffen sein muß, daß zwar die Vereinigung der Kräfte mehrerer Gefangener in die äußere Erscheinung tritt (N. 4_2), ohne aber notwendig eine Einwirkung auf den Körper des Angegriffenen zur Folge zu haben.

b) Wegen dieser Hdlg., bei der die Nötigung nur „durch Gewalt oder Drohung" wird geschehen können (Oppenh.-D. N. 10), vgl. § 114 N. 2—5.

6) Für sämtliche Mischtatbestände des Abs. 1 (vgl. § 113 N. 20 letzt. Abs. u. § 114 N. 3 Eingang; aM. Wertheimer Mischgesetze S. 34, es handele sich im Abs. 1 um ein einheitl. Delikt) ist zu beachten, daß die Gefangenschaft zur Zeit der betreffenden Hdlg. noch tatsächlich bestehen muß (§ 120 N. 1_3); wer seine Freiheit bereits wieder erlangt hat, ist nicht mehr Gefangener; werden daher die im Abs. 1 bezeichneten Hdlgen begangen, nachdem die Sträflinge, Arbeitshäusler 2c. ihre Befreiung bereits durchgeführt haben, was nach den Umständen zu beurteilen ist, so können sie nicht aus Abs. 1 bestraft werden.

Digitized by Google

Zu Absatz 2. N. 7, 8.

7) Die für Abs. 2 in Betracht kommende Hdlg. ist das „Unternehmen (§ 105 N. 2) eines gewaltsamen Ausbruchs". Dabei genügt es für die Anwendung des Abs. 2, wenn das Ziel der Zusammenrottg. die Befreiung auch nur eines der zusammengerotteten Gefangenen bildete; so RG. IV 24. Nov. 91 G. 39 326; aM. Binding Lb. 2 594 N. 7. Wie im Abs. 1 die Hdlg. gegen gewisse näher bezeichnete Personen sich richtet (N. 5), so im Abs. 2 gegen die Abschließungsvorrichtungen der Gefangenanstalt. Daß dem so sei und nicht etwa auch an einen „gewaltsamen Ausbruch" aus einer Kette umschließender Wächter, z. B. des einen Transport Kriegsgefangener bewachenden Kommandos, gedacht ist, zeigt die Entstehungsgeschichte, indem zwar der § 96 PrStGB. den „Ausbruch" gleichfalls erwähnte, nicht aber § 5 PrG. v. 11. Apr. 1854 (N. 2); dazu kommt, daß ein „gewaltsamer Ausbruch" aus der Kette des Bewachungspersonals stets als ein unter Abs. 1 fallender Tatbestand sich charakterisieren wird. So: Hälschner 2 967, H. Meyer S. 664, Frank N. II 4, Oppenh.-D. N. 11 sowie, trotz angeregter Zweifel, Schütze S. 270 N. 36. AM.: Binding Lb. 2 595, Rubo N. 7.

8) Wie „Einbruch" im § 243[2] das Moment der Gewaltsamkeit in sich schließt, so auch an sich schon das Wort „Ausbruch"; der Zusatz „gewaltsam" ist daher pleonastisch; RG. II 20. Jan. 88 E. 17 47 (mit der weiteren zutreffenden Ausführung, daß in der Benutzung eines falschen Schlüssels an sich keine Gewaltanwendung liege). Mit Recht verneinte RG. IV 22. Okt. 95 E. 27 397 das Tatbestandsmerkmal, weil eine gewaltsame Aufhebung des Zusammenhangs der äußeren Umschließg. nicht stattgefunden hatte.

Beim gemeinschaftlichen Handeln mehrerer (§ 47 N. 1) muß die Gewaltanwendung im Willen aller liegen; bei fehlender Kenntnis greift gemäß § 59 der Abs. 2 nicht Platz; so das zit. RG. E. 17 47.

Zu Absatz 3. N. 9.

9a) Während der dem Abs. 3 des § 122 entsprechende Abs. 2 des PrStGB. § 96 die Gewalttätigkeiten gegen „Personen oder Sachen" verübenden Teilnehmer mit der Verbrechensstrafe bedrohte, hat das RStGB. nur die „Verübung von Gewalttätigkeiten" gegen die im Abs. 1 bezeichneten Personen (N. 5) unter diese Strafandrohung gestellt. Abs. 3 hat daher jetzt nur Bezug auf Abs. 1, während er keine Anwendung finden kann, wenn nur der Tatbestand des Abs. 2 vorliegt. So: Hälschner 2 967, John HH. 3 149, Oppenh.-D. N. 14. AM. Rüd.-St. N. 8.

b) Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß hier nur gegen Personen gerichtete „Gewalttätigkeiten" in Betracht kommen, ist wegen des Begriffes der letzteren § 113 N. 23a, wegen „Verübung" solcher § 116 N. 9b zu vergleichen.

c) Daß nur einzelne der Meuterer die Gewalttätigkeiten selbst verüben, während doch sämtliche Meuterer „mit vereinten Kräften" die im Abs. 1 bezeichneten Hdlgen vorgenommen haben müssen (N. 4), ist möglich sowohl wegen der Natur dieser Hdlgen, die nicht durchweg Gewalttätigkeiten erfordern, indem auch Drohungen genügen (Hälschner 2 967, John HH. 3 149), als auch deshalb, weil bei einer Verübung der Hdlgen „mit vereinten Kräften" nicht alle diese selbst begangen zu haben brauchen, sondern einige auch als Gehilfen tätig gewesen sein können; § 115 N. 3c. Dagegen will Hälschner aO. den Abs. 3 auch gegen Anstifter u. Gehilfen der die Gewalttätigkeiten Verübenden anwenden.

Versuch, Beihilfe; Strafsanktion; Verjährung, Zuständigkt. N. 10—12.

10) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 3 ist denkbar (§ 115 N. 7); so Frank N. III; aM. Baumgarten Versuch S. 413, weil „Verübung von Gewalttätigkeiten" sowohl die Vergewaltigung wie die bloße Gewaltanwendung bezeichne; ist das auch richtig (§ 116 N. 9b), so braucht es beim Vers. auch zu letzterer noch nicht gekommen zu sein.

Wegen Beihilfe (§ 49) zu den V. o. V. (Abs. 1—3) vgl. § 115 N. 8b.

11) Die Strafe ist: im Falle der Abs. 1 u. 2 (wegen „Gleiche Strafe tritt ein" vgl. § 49a N. 21[2]) Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16),

im Falle des Abs. 3 Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14[2]), neben dem auf ZulPolAuff.

Digitized by Google

(§§ 38 ff.) und nach § 32 auf VbER. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 10) des Verbr. wird nach §§ 44 ff., insbs. § 44$_4$, bestraft.

12) Es verjährt die Strafverfolgung der Verg. aus Abs. 1 u. 2 nach § 67$_3$ in fünf, des Verbr. aus Abs. 3 nach § 67$_1$ in zehn Jahren.

Zuständig ist: für die Verg. aus Abs. 1 u. 2 Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27;
für das Verbr. aus Abs. 3 SchwG.; GVG. §§ 80, 73$^{2-7}$, 136^1.

Siebenter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung.

1) Nach den Motiven soll dieser Abschnitt an den gleichmäßig überschriebenen Abschn. 6 des PrStGB. sich anschließen; trotzdem ist ihr Inhalt ein wesentlich verschiedener, denn bei gleicher Paragraphenanzahl enthält Abschn. 7 des RStGB. zwei im PrStGB. gänzlich fehlende §§., und sieben §§., die in anderen Abschnitten sich wieder finden, während Abschn. 6 des PrStGB. drei §§. enthält, die in das RStGB. nicht aufgenommen, und sieben §§., die dem Abschn. 29 (Übertretungen) des RStGB. einverleibt sind. Es sind eben hier in einen „Sammeltitel" (Rüb.-St. N. 1) verschiedenartige Handlungen „in einen gemeinsamen Rahmen" zusammengefaßt (Berner S. 396); der gemeinsame Rahmen selbst aber — die öffentliche Ordnung — ist überhaupt kein strafrechtlicher Begriff (Binding Normen 1 352); vgl. jedoch § 361^6.

Es kann deshalb nicht davon die Rede sein, daß durch den Abschn. 7 als solchen eine Materie i. S. des EG. § 2 geregelt sei; so: RG. III 12. März 94 E. 25 288, (hinsichtl. der fortdauernden Gültigkt. der KglSächs. MinisterialV. v. 14. Juli 1849 das Tragen republikanischer Abzeichen btr.), I 7. Mai 00 E. 33 273 (abweichend noch E. 24 313), Berlin KG. 5. März 85 Jahrb. 5 367 (nicht aufgehoben sei die V. der obersten Zivilbehörde Schleswig-Holsteins v. 12. Juli 1865 btr. das Verbot gewisser Farben und Kokarden), Binding Hb. 1 322, Hälschner 1 115.

2) Mag man auch die strafb. Hdlgen des Abschn. 7 den „Staatsverbrechen" zuzählen, so haben sie doch zum Teil keinerlei Bezug auf das DR. und die Bundesstaaten sowie deren staatliche Ordnung; soweit dieses der Fall ist, wie z. B. im § 131 (das. N. 10), steht ev. beim Vorliegen der Voraussetzung des § 4^3 (das. N. 14) der Anwendung der betreffenden Strafbestimmungen auf im Auslande begangene Hdlgen nichts entgegen; Hälschner 2 795, Rüb.-St. N. 1. Daß die Hdlgen, z. B. diejenige des § 127, falls sie im Inlande begangen werden, auch dann strafbar sind, wenn sie in ihrer Tendenz gegen das Ausland sich richten, ist unbedenklich; vgl. dagegen Beling ZStrW. 18 283 (btr. § 137).

§. 123.

Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitzthum eines Anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugniß darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird wegen Hausfriedensbruches mit Gefängniß bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ist die Handlung von einer mit Waffen versehenen Person oder von Mehreren gemeinschaftlich begangen worden, so tritt Gefängnißstrafe von Einer Woche bis zu Einem Jahre ein.

PrStGB. §§ 346 Nr. 1, 214. Entw. I § 214 Abs. 1, II § 121.
Vgl. § 342 sowie MStGO. §§ 16^2, 63^1.

Digitized by Google

Abgeschlossener Raum 7.
„Anderer", ein . . 6.
Antragsberechtigung 22, 23; s. Berechtigg., . . . -delikt 21.
Arten d. Hausfrbr. 1.
Aufforderung z. Entfernen, 16, eine o. zwei? 16.
Befriedet s. Besitztum.
Befugnis, z. Verweilen, mangelnde 14, Bewußtsein davon 19, beschränkte 15.
Berechtigter, Berechtigung, Relativität ders., Mitberechtigg. 17; s. Antragsberechtigung; mittelbare Berechtigg. 18.
Besitztum, befriedetes 5.
Dienstboten 18a.
Dolus 19, Feststellung 20.
Ehefrau, Berechtigg. 18b, Antragsrecht? 23.
Eindringen 9, widerrechtl. 10.
Einschleichen 9 Abs. 2.
Entfernen, Nicht- . . . 15 Abs. 2, verzögertes . . . 15 Abs. 3.
Familienangehörigkeit 15a.
Gastlokal 15aE.
Gemeinschaftlichkeit 26.
Geschäftsraum 4.
Gesindeverhältnis 15.
Gutsverwalter, Antragsrecht? 22.
Handlung, Begehung d. . . 24, mit Waffen 25, gemeinsch. 26.
Hausfrieden, . . recht 2.
Hausfriedensbruch, Arten 1, einfacher 8—20, Mischtatbestand 8, qualifizierter 24—26.
Kinder, Berechtigung 18b.
Lehrer, Antragsrecht? 22.
Mehrere, gemeinschaftl. Bghg. 26.
Mietsverhältnis 15c, 17, 22.
Mitberechtigung 17.
Mittäterschaft 25 Abs. 4, 26.
Motiv 19; s. Zweck.
Raum, z. öffentl. Dienst bestimmt 7, d. Publikum geöffn. 7, 16.
Rechtsgut, angegriffenes 2.
Richter, Antragsrecht? 22.
Sichnichtentfernen 15.
Stellvertreter d. eigentl. Berechtigt. 18.
Strafsanktion 28.
Umst., straferhöh. 24 ff.
Verabredung, vorherige 26.
Verhältnis zu anderen §§.: 27.
Verjährung 29.
Versehensein mit Waffen 25.
Verweilen 13, unbefugtes 14, 15.
Waffe 25.
Wartesäle d. Bahnhöfe 7, 17.
Widerrechtlichkt. d. Eindr. 10—12 (s. Zweck), Bewußtsein 19.
Wohnung 3.
Wohnungsberechtigter 15c.
Zweck, widerrechtl. 9 Abs. 3, 11 Abs. 2; s. Motiv.
Zuständigkeit 29.

Zu §§ 123, 124. N. 1—7.

1) Obschon das StGB. selbst (vgl. auch § 342) nur das Verg. aus § 123 „Hausfriedensbruch" nennt, so betreffen doch die beiden §§ 123, 124 dasselbe Vergehen und zwar in der Art, daß § 123 Abs. 1 (2) den einfachen, dagegen sowohl § 123 Abs. 3 als auch § 124 ein jeder einen qualifizierten Tatbestand enthalten; auch die Motive fassen die Tatbestände beider §§. unter der Bezeichnung „Hausfriedensbr." zusammen. Im Gegensatz zu dem „einfachen Hausfriedensbr." aus § 123_1 (so die Motive) wird deshalb das durch Hervorhebung des straferhöh. Umst. qualifizierte Verg. aus § 123_3 als „qualifizierter Hausfriedensbr." zu bezeichnen sein. Für das Verg. aus § 124 fehlt es an einer technischen Bezeichnung; man wird es aber mit Rücksicht auf die eigentümliche — den Tatbestand des Hausfriedensbruchs in sich schließende — Gestaltung des Tatbestandes einerseits, auf die vergleichsweise schwere Strafandrohung andererseits, als „schweren Hausfriedensbr." bezeichnen dürfen; so: Geyer 2 26, Schütze S. 277, während Binding Lb. I 124 für die Fälle der §§ 123_3 u. 124 die Bezeichnung einfache u. schwere „Heimsuchung" wählt (vgl. jedoch v. Wächter S. 376, nach dem dies überhaupt der mittelalterliche Ausdruck für Hausfriedensbr. war), John HH. 3 160 u. v. Schwarze § 124 N. 1 dagegen auch hier von „qualifiziertem Hausfriedensbr." sprechen.

2) Das durch den Hausfriedensbr. verletzte Rechtsgut ist das Hausrecht, d. h. „das rechtlich geschützte Interesse an ungestörter Betätigung des eignen Willens in der eigenen Wohnung, an dem freien Schalten und Walten in Haus und Hof"; so v. Liszt S. 402, der zutreffend dieses Rechtsgut als ein mit der persönlichen Freiheit verwandtes charakterisiert, während Hälschner 2 144 den im Hause herrschenden und ordnenden Willen der Privatperson als das eigentliche Angriffsobjekt bezeichnet; von letzterem scheint H. Meyer S. 618 mehr im Ausdruck als in der Sache abzuweichen.

Demgemäß vollzieht sich der Hausfriedensbr. vor allem in der fremden „Wohnung" (N. 3), ferner in Räumen, die dieser hinsichtlich des hier maßgebenden Gesichtspunktes gleichgestellt sind, nämlich: in „Geschäftsräumen" (N. 4), im „befriedeten Besitztum" (N. 5) eines anderen sowie endlich in „abgeschlossenen, zum öffentlichen Dienst bestimmten Räumen" (N. 7).

3) „Wohnung" (vgl. § 243 N. 51) ist der Inbegriff derjenigen Räumlichkeiten, die einer Einzelperson oder einer zusammengehörenden Mehrheit von Personen, einer Familie, zum ständigen Aufenthalte dienen oder zur Benutzung freistehen; RG. I 16. Apr. 85 E. 12 132. Nicht notwendig ist, daß die Räumlichkeit Menschen zur ordnungsmäßigen Nachtruhe diene; denn „Wohnen" ist nicht mit „Nächtigen" identisch, so daß es einerseits Wohnungen gibt, die nur zum Tagesaufenthalt dienen, andererseits aber manche Schlafstätten, z. B. Schäferkarren, welche dennoch keine Wohnungen sind; vgl. RG. II 22. Jan. 86 E. 13 312

Digitized by Google

(es unterscheide § 306³ ausdrücklich „Räumlichkeiten, welche zum zeitweisen Aufenthalte von Menschen dienen", von „Wohnungen"; sei auch die Bestimmung zur Nachtruhe kein unerläßliches Moment, so doch ein besonders wichtiges Kennzeichen); aM.: v. Liszt S. 402, Frank N. I 1a, Jäger Hausfriedensbr. (Diss. Würzburg 1885) S. 25 (Räume, welche Menschen zur ordnungsmäßigen Nachtruhe dienen).

Zur Wohnung gehören hiernach nicht nur die zum Aufenthalte von Personen, zum Bewohnen i. e. S., bestimmten Räume, sondern auch alle dem Zwecke der Häuslichkeit dienenden Nebenräume, z. B. die zur Wohnung führende Treppe; Berlin 21. Mai 79 O. 20 277, Geyer 2 25, Hälschner 2 146, John HH. 3 154, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 2. Vgl. übrigens N. 5.

Der Umfang einer Mietswohnung bestimmt sich nach dem Inhalt des Mietsvertrages, nach dem namentlich auch zu entscheiden, ob einzelne Räume, z. B. Hausflure, zu einer Wohnung gehören oder gemeinschaftlich sind.

Sog. leerstehende Wohnungen, mögen sie vermietet sein oder nicht, sind nach der obigen Definition rechtlich als Wohnungen nicht anzusehen (so Frank N. I 1c; aM. v. Schwarze N. 2), noch weniger im Bau befindliche Häuser. Gleichgültig ist, ob einzelne der zu einer Wohnung gehörigen Räumlichkeiten unbenutzt sind.

Daß die Räumlichkeiten in einem „Gebäude" liegen, ist nicht erforderlich; sie können auch beweglich sein, wie z. B. ein Schiff, ein Künstlerwagen; zit. RG. E. 13 312, Berlin 27. Apr. 76 St. 6 198, Geyer 2 25, v. Liszt S. 403, Oppenh.-D. N. 2.

4) Der Friedensbruch kann ferner in den „Geschäftsräumen" eines anderen sich vollziehen. Bei Auslegung dieses Wortes wird von der engeren Bedeutung eines „Geschäftes" auszugehen und darunter ein — baulich abgeschlossener (N. 7₃) — Raum zu verstehen sein, der hauptsächlich sowie in erster Linie und auch für eine gewisse zeitliche Dauer zur Betreibung gewerblicher u. ähnlicher Geschäfte bestimmt ist, während Räume, die wesentlich anderen Zwecken dienen, als Geschäftsräume nicht gelten können; RG. III 16. Nov. 99 E. 32 371. Hiernach ist nicht jeder zum Aufenthalt von Menschen geeignete Raum für einen „Geschäftsraum" zu erachten, deshalb namentl. nicht ein Wagen eines Lohnfuhrmanns, ein Abteil eines Eisenbahnwagens, ein Straßenbahnwagen, denn diese sind bestimmungsgemäß Transportmittel, auch dann, wenn sekundär — der Abschluß der Transportverträge in ihnen selbst erfolgen sollte; RG. II 22. Jan. 86 E. 13 312, zit. E. 32 371. Dagegen bildet es kein Erfordernis, daß der Geschäftsraum unbeweglich sei; zit. RG. E. 13 312. Ob die Geschäftsräume verschlossen sind oder nicht bzw. sogar die Zweckbestimmung haben, dem Publikum zugänglich zu sein, kommt nicht in Betracht; so Hälschner 2 147 u. Oppenh.-D. N. 3, die, wenn sie die Notwendigkeit der „Abgeschlossenheit" verneinen, damit den „Verschluß" meinen; ein Restaurationsgarten, ein Hof, ein Lagerplatz 2c. wird nicht als „Geschäftsraum", sondern nur als „befriedetes Besitztum" (N. 5) in Betracht kommen. Namentlich gehören zu denselben auch Gast- u. Schankwirtschaften; Berlin 19. Juni 72 St. 1 314. Ein Geschäftsraum im obigen S. ist auch dann als solcher anzusehen, wenn zeitweise, z. B. nachts oder während einer Arbeitseinstellung, die Erwerbstätigkeit nicht ausgeübt wird; aM. John HH. 3 155 N. 3.

5) Der Friedensbruch kann sich ferner vollziehen in „dem befriedeten Besitztum" eines anderen. Das PrALR II 20 § 531 stellte dem eigentlichen Hausfriedensbr. den Fall gleich, „wenn dergleichen Hdlgen . . . innerhalb der Grenze eines mit Mauern, Planken oder Zäunen umgebenen Platzes vorgefallen sind", ja nach § 532 sollte eben dies auch auf freiem Felde stattfinden, „soweit der Eigentümer durch Anbau oder besondere Merkmale andere davon ausgeschlossen hat". Bei der Redaktion des PrStGB. wurde die letztere Ausdehnung des Hausrechts verneint, dagegen war man der Ansicht, daß es allerdings auf jedes „befriedigte Besitztum", auch wenn es nicht zur unmittelbaren, angrenzenden Umgebung der Wohnung und des Hauses gehöre, zu erstrecken sei; Goltd. Mat. 2 455. Der § 214 des PrStGB. bestrafte daher das widerrechtliche Eindringen in das „befriedigte Besitztum eines anderen". „Befriedigen" bedeutet aber nach Grimms Wörterbuch an erster Stelle soviel wie „sepire, einhegen" und kann deshalb hiernach sowie auf Grund der Entstehungsgeschichte nicht zweifelhaft sein, daß unter „befriedigtem Besitztum" ein „eingehegter Grund-

Digitized by Google

besitz" zu verstehen sei. Das RStGB. hat der Ausdrucksweise des PrStGB. sich angeschlossen und nur statt „befriedigt" substituiert „befriedet"; allein diese, in den Motiven übrigens nicht erwähnte, Abänderung ist keine sachliche; denn auch „befrieden" ist nach Grimm zunächst „auf das hegen und schirmen des Landes und Feldes gegen Feinde und Schädiger" angewandt, „einfriedigen" bedeutet daher soviel wie „einhegen" und hat erst aus der sinnlichen Vorstellung die abgezogene des „schützens, beruhigens" sich entfaltet; Grimm erläutert daher „befriedigen" gerade als „einhegen, einfriedigen i. S. von befrieden".

Hiernach bedingt die Bedeutung von „befriedet", gleich „mit einer Einfriedigung versehen" (§ 368⁹), notwendig die Beziehung von „Besitztum" auf „Grundbesitz", gleichwie „Besitzung" h. z. T. besonders von einem Grundstück gebraucht wird; deshalb ist ein Schiff o. ein Postomnibus kein befr. Besitzt.; RG. II 12. Dez. 84, 22. Jan. 86 E. 11 293, 13 312, Berlin 27. Apr. 76 St. 6 198.

Daß das „befriedete Besitztum" äußerlich mit einem bewohnten Hause in Verbindung gebracht sei und mit diesem ein wirtschaftliches Ganze bilden müsse, erfordert das Gesetz nicht, vielmehr kann es von „Haus und Hof" völlig getrennt liegen; es genügt, wenn der Berechtigte das Grundstück in äußerlich erkennbarer Weise mittels zusammenhängender Schutzvorrichtungen gegen das beliebige Betreten durch andere gesichert hat (s. jedoch Abs. 4). So: in Abweichung von der früheren Praxis (vgl. N. 1 547, 3 143) das zit. RG. E. 11 293 (es sei deshalb z. B. ein durch den Bau einer Scheune umgrenzter Raum zum befr. Besitzt. dann zu rechnen, wenn zugleich dessen Benutzung zur Aufbewahrung von Feldfrüchten den Willen des Eigentümers, diese dort unter Schutz zu stellen, erkennen lasse), III 12. Nov. 88 N. 10 638, IV 3. Dez. 89, II 30. Okt. 03, E. 20 150 (155), 36 395, Binding Lb. 1 122, Frank N. 1 3; vgl. auch Neeff Hausfrieden (Diss.; Stuttgart 1900) S. 38 ff. aM.: Berlin 29. März 76 St. 6 197, Berner S. 398, Geyer 2 25, Hälschner 2 146, Merkel S. 348, H. Meyer S. 618, Oppenh.-D. N. 4, Jäger Hausfriedensbr. S. 30. Ebenso gut kann dasselbe aber auch den Bestandteil eines Hauses bilden, wie z. B. eine leerstehende Wohnung; so: Dresden 2. Jan. 74, Berlin 7. Feb. 78, St. 4 414, 8 103, Rüd.-St. N. 4; aM. Dresden 11. Juni 75 St. 5 290. Bei „befriedeten Äckern, Wiesen, Weiden, Schonungen" findet § 123 allerdings keine Anwendung; das ergibt die mildere Spezialbestimmung des § 368⁹.

Wann ein Teil des Grund und Bodens als „befriedet" im obigen S. anzusehen sei, ist wesentlich Tatfrage, doch stellt nach dem Bemerkten einerseits eine rein symbolische Abschließung, z. B. durch eine Warnungstafel, keine „Befriedigung" dar, andererseits aber braucht durch diese keinesfalls ein „umschlossener Raum" i. S. des § 243² hergestellt zu werden; denn während hier die „Umschließung" selbst den Abschluß aller Unbefugten direkt bewirken soll, braucht eine Befriedung hierzu nicht schon ihrer Anlage nach geeignet zu sein; deshalb genügt namentl. ein äußerlich für jedermann erkennbarer Zusammenhang eines Grundstückes mit den im § 123 ausdrücklich als Gegenstand des Schutzes bezeichneten Wohnungen ꝛc.; so: RG. III 16. März 81 N. 3 143 (btr. eines Hausgartens; s. o.), zit. E. 20 150 (btr. eines lediglich durch eine Rinne abgegrenzten Zechenplatzes als Teiles eines Zechengrundstückes), Dresden 2. Jan. 74, 11. Juni 75, Berlin 29. März 76, St. 4 414, 5 290, 6 197, Rüd.-St. N. 4, v. Liszt S. 403, Neeff aO. S. 43; aM.: Binding Lb. 1 122, Frank N. 1 3, es werde eine absperrende, nicht bloß abgrenzende Umfriedung verlangt. Hiernach können nicht nur Nebenräume, die, wie z. B. ein Pferdestall, Teile einer Wohnung nicht sind, dennoch als befr. Besitzt. erachtet werden (Berlin 10. Dez. 74 St. 4 282), sondern namentl. auch ein Neubau, falls er nach seiner Beschaffenheit und baulichen Einrichtung dem oben bezeichneten Erfordernisse eines befr. Besitzt. entspricht; zitt. RG. N. 10 638 sowie Berlin St. 3 173 (schon wegen der Beschaffenheit der Umfassungsmauern allein, trotz noch unverschlossener Türöffnungen).

6) Wenn es in sämtlichen Fällen der N. 3–5 um die Räume eines „anderen" sich handelt, so ist damit nicht gesagt, daß dieses der Eigentümer sein müsse, sondern nur zum Ausdruck gebracht, daß ein anderer im Verhältnisse zum Friedensbrecher an den Räumen als Berechtigter oder als näher Berechtigter erscheinen müsse; Berlin 16. Apr. 78

Digitized by Google

O. 19 224, Oppenh.-D. N. 1. Es kann deshalb namentl., wie die GM. annimmt, ein Hausfriedensbr. vom Vermieter gegen seinen Mieter begangen werden; über die Abgrenzung der beiderseitigen Rechte vgl. RG. I 18. Mai 03 G. 50 289.

Ob jemand ein solches Recht habe, ist nur auf Grund der konkreten Verhältnisse nach Maßgabe der zutreffenden Gesetze zu beurteilen; so ist z. B. ein solches angenommen bei Überlassung eines Lokals im Gasthause an einen Forstbeamten zur Abhaltung einer Holzauktion (Berlin 23. Jan. 78 O. 19 30), dagegen verneint bei unentgeltlicher Einräumung eines Lokals in einem Wirtshause an einen Verein für einen bestimmten Abend (Dresden 11. Juni 75 St. 5 290). Wenn Eheleuten das Getrenntleben infolge einstweiliger Verfügung des Gerichts (ZPO. § 627) gestattet ist, so ist die besondere Wohnung des einen Teils als diejenige eines „anderen" anzusehen, sonst aber nicht; Berlin 16. Sept. 74 St. 4 116. Hat jedoch ein Dritter einem der Ehegatten für dessen Person in seiner Wohnung den Aufenthalt gestattet, so hat er dadurch nicht des Hausrechts gegen den anderen sich begeben; RG. II 25. Nov. 79 N. 1 95. Gegenüber einem Korporationsmitgliede erscheint die Korporation selbst als „ein anderer", so daß z. B. ein Mitglied einer kaufmännischen Korporation nach erfolgter zeitweiser Ausschließung von der Börse durch Eindringen in dieselbe einen Hausfriedensbr. verüben kann.

Zu weit geht es, wenn schon die faktische Benutzung bestimmter Räumlichkeiten als Wohnung für ausreichend erachtet wird, da der Zustand dem Täter gegenüber immer ein rechtlich geschützter sein muß; Oppenh.-D. N. 1. Letzteres ist aber der Fall bei einem Miets- o. Dienstwohner, der nach Aufhebung des Miets- o. Dienstverhältnisses sich weigert, die Wohnung zu verlassen (vgl. BGB. § 859); so: RG. II 24. Feb. 80, IV 16. Juni 03, E. 1 222, 36 323. Das gilt bezüglich eines Dienstboten allerdings nur, wenn ihm der btr. Raum seitens des Dienstberechtigten zu seiner ausschließlichen Verfügung vertragsmäßig eingeräumt ist; so außer dem zit. RG. E. 1 222: I 23. Feb. 03 G. 50 140 (BGB. § 618$_2$ gewähre dem Dienstboten kein selbständiges Hausrecht).

7) Der Friedensbruch kann sich endlich vollziehen in „abgeschlossenen Räumen, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind". Diese sind im Gebiete der öffentl. Verwaltung das Analogon zu den „Geschäftsräumen" im privaten Verkehr, so daß die Ausdehnung des Hausrechtes auf jene, welche John HH. 3 154 tadelt, ebenso gerechtfertigt wie auf diese erscheint; Hälschner 2 147, Schütze S. 277 N. 5.

Räume dienen dem „öffentlichen" Dienste, wenn in ihnen Geschäfte ausgeübt werden, die unmittelbar oder mittelbar das staatliche Interesse betreffen. Deshalb gehören namentl. auch die Gebäude öffentlicher Schulen hierher, die nicht etwa „Geschäftsräume" sind; RG. IV 21. Jan. 02 G. 49 121, Dresden 14. Juni 75 St. 5 289; dsgl. die Warteräume der Bahnhöfe, auch wenn in ihnen ein Wirtschaftsbetrieb stattfindet; über die Rechte des sog. Pächters einer Bahnhofswirtschaft btr. des Teils des Warteraums, in dem die Wirtschaft sich befindet, vgl. RG. I 23. März 03, III 22. Sept. 04, E. 36 188, 37 260.

Der Ausdruck „abgeschlossen" deutet nicht auf eine Ausschließung des Publikums hin, bezieht sich vielmehr, analog dem „befriedeten Besitztum", auf die bauliche Begrenzung, so daß z. B. auch ein Zimmer, in welchem eine öffentl. Gerichtssitzung abgehalten wird, als „abgeschlossener Raum" anzusehen ist; Berlin 17. Jan. 73 St. 2 226.

Der „abgeschlossene Raum" kann (wie die Wohnung) beweglich sein, z. B. ist ein mit einem Eisenbahnzuge laufender Postwagen ein solcher, dsgl. der Gepäckwagen u. der Dienstabteil bei Eisenbahnzügen. Dagegen können ein Postomnibus bzw. die Personenabteile in Eisenbahnzügen, da sie den Zwecken der Passagiere dienen, nicht dafür angesehen werden, selbst dann nicht, wenn ein Kondukteur o. Schaffner einen bestimmten Platz in ihnen hat, weil alsdann das Moment der Abgeschlossenheit fehlt; Berlin 27. Apr. 76 St. 6 198.

Nicht jeder Teil eines „abgeschlossenen Dienstraums" ist für sich allein selbst wieder ein derartiger „abgeschlossener" Raum; nach Maßgabe der Umstände ist es möglich, daß er nur als Teil eines solchen Dienstraumes in Betracht kommt, wie z. B. die einzelnen Zellen in einer Gefangenanstalt; RG. IV 18. Feb. 96 E. 28 192 (die Nichtentfernung eines Gefangenen aus einer ihm nicht angewiesenen Zelle falle nicht unter § 123).

Digitized by Google

Zu § 123. N. 8—29. — Zu Absatz 1. N. 8—20.

8) Der Abs. 1 enthält einen, nötigenfalls die Anwendung des § 264 StPO. bedingenden (RG. II 11. Okt. 89 E. 19 401), Mischtatbestand, indem der Hausfriedensbr. begangen werden kann entweder durch ein widerrechtliches Eindringen in die bezeichneten Räume (N. 9—12) oder durch ein Sichnichtentfernen aus denselben (N. 13—18). Erfüllt jemand nacheinander beide Tatbestände, so ist je nach Lage der Sache eine, fortgesetzte, Hdlg. (s. u. N. 13 u. § 73 N. 7b) oder eine Mehrheit selbständiger Hdlgen (§ 74) anzunehmen; zu Unrecht erachtet Wertheimer Mischgesetze S. 34, der selbst im Anschluß an Binding Hb. 1 562 ein einheitl. Delikt des Hausfriedensbr. annimmt, dies für inkonsequent.

Wg. Regelung der Materie (EG. § 2) durch die erste Alternative vgl. Berlin KG. 30. Jan. 02 Jahrb. 23 C 73 (eine das „Betreten" zum öffentl. Dienst bestimmter Räume mit Strafe bedrohende V. sei außer Kraft gesetzt.)

9) Die erste Alternative des Hausfriedensbr. erfordert ein „Eindringen", was begrifflich den mit Überwindung eines Hindernisses erfolgenden Eintritt (s. u. Abs. 2) bezeichnet; v. Liszt S. 403. Allein wenn gewöhnlich gesagt wird, die Überwindung eines Hindernisses bilde keine Voraussetzung, so handelt es sich dabei nicht um eine sachlich verschiedene Auffassung, sondern es soll damit nur ausgedrückt werden, daß es nicht der Beseitigung eines physischen Hindernisses bedürfe; so mit Recht die GM., insbs. RG. I 16. Apr. 85 E. 12 132. Das zu überwindende Hindernis besteht vielmehr nach dem Charakter des Delikts (N. 2) in dem — bereits zur Zeit der Tat (N. 19_2) — entgegenstehenden Willen des an der Räumlichkeit Berechtigten, mag dieser Wille durch eine äußere Vorrichtung sich kundtun, wie z. B. eine verschlossene Thür, mag er ausdrücklich, sei es allgemein, sei es speziell, erklärt oder aus den Umständen zu entnehmen sein. So die GM., insbs.: RG. II 30. Sept. 81 E. 5 110, zit. E. 12 132, während John HH. 3 155 u. Leichmann HRl. „Hausfriedensbr.", unzutreffend von einem den Regeln des gewöhnlichen Verkehrs widerstreitenden Eintreten sprechen. Eine Differenz besteht jedoch unter den Anhängern der GM. insofern, als einesteils (so z. B. zit. RG. E. 12 132) ein Eintreten auch gegen den „vermuteten oder zu vermutenden" Willen für ausreichend erachtet, anderenteils (so Hälschner 2 148) nicht der zu vermutende, sondern der vom Eintretenden wirklich vermutete entgegenstehende Wille des Berechtigten erfordert wird. Die letztere Ansicht ist richtig; denn durch das Wort „eindringen" wird schon an sich das Bewußtsein des Eintretenden, daß sein Eintritt gegen den Willen des Berechtigten erfolge, zum Ausdruck gebracht (RG. II 30. Sept. 81 E. 5 109), dieses Bewußtsein liegt aber nicht vor, wenn ein entgegengesetzter Wille zwar „zu vermuten war", aber „nicht vermutet wurde". Bei Feststllg. dieses Merkmals ist übrigens nicht außer acht zu lassen, daß Sitte u. Verkehr häufig eine Vermutung für die Zulässigkt. des Eintritts in eine fremde Wohnung 2c. begründen, so daß keineswegs aus dem Fehlen eines öffentl. o. privaten Rechtstitels zum Betreten ohne weiteres auf den entgegenstehenden Willen des Berechtigten zu schließen ist; RG. I 18. Jan. 97 G. 45 35.

Ein bloßes Schlagen und Poltern gegen Tür oder Fenster ist nicht als eine Störung des Hausfriedens i. S. des § 123 aufzufassen, weil hier der erforderliche, mindestens mit einem Körperteil erfolgende (RG. II 18. Okt. 01 G. 48 437) Eintritt in die Räumlichkeit fehlt; Berner S. 398, John HH. 3 155 N. 4.

Der Umstand, daß der Eintretende mit seinem Eintritt einen widerrechtlichen Zweck verfolgt, genügt für sich allein (N. 11_2) noch nicht, den Eintritt zu einem „Eindringen", insbs. zu einem „widerrechtlichen" (N. 10), zu machen, obschon regelmäßig das Betreten einer fremden Wohnung behufs Erreichung eines rechtswidrigen Zweckes (ohne Befugnis zum Eintritt) dem Willen des Berechtigten entgegen sein wird; so: zitt. RG. E. 12 132, G. 45 35, Dresden 27. Sept. 72, 29. Dez. 73, St. 2 85, 4 113, Oppenh.-D. N. 7; aM. Berlin 15. Jan. 79 O. 20 31.

10) Das Eindringen muß ein „widerrechtliches" sein. Obgleich dieses Merkmal ein selbstverständliches ist, da es um ein vorsätzliches Verg. sich handelt, so ist es dennoch ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen, und zwar einesteils, um anzudeuten, daß

Digitized by Google

es ein absolutes Recht auf den Schutz des Hausfriedens nicht gibt, anderenteils, um zu einer ausdrücklichen Feststellung der — objektiven — Widerrechtlichkeit des Eindringens gemäß StPO. § 266 zu nötigen; RG. II 30. Sept. 81 E. 5 109, Hälschner 2 148.

11) Das Eindringen ist ein „widerrechtliches", wenn es gegen das objektive Recht verstößt; Berlin OAG. 24. Jan. 74 St. 3 297. Das ist aber stets dann der Fall, wenn es, ohne ein dem Eindringenden zustehendes stärkeres Recht, mit Verletzung des Hausrechtes (N. 2) des an der Räumlichkeit Berechtigten geschieht; RG. I 16. Apr. 85, IV 17. März 96, E. 12 132, 28 269.

Die Widerrechtlichkeit des Zweckes allein (N. 9₃) macht das Eindringen nicht rechtsgrundsätzlich zu einem widerrechtlichen, wohl aber kann sie als Beweismoment dafür verwertet werden, daß eine Zustimmung des Berechtigten zum Betreten nicht vorhanden gewesen und dies auch dem Täter zum Bewußtsein gelangt sei; RG. zit. E. 12 132, IV 3. Dez. 89 E. 20 150; vgl. auch N. 19 letzt. Abs. Andererseits aber schließt die Verfolgung eines an sich berechtigten Zweckes keineswegs mit Notwendigkeit die Widerrechtlichkeit aus, wie z. B. die Absicht, den Schuldner zu mahnen, bzw. die Absicht des Vermieters von dem Zustande der Mietswohnung sich zu überzeugen; Berlin 18. Dez. 72, 30. Jan. 73, 31. März, 17. Okt. 76, St. 2 228, 268, 6 198, 200, Hälschner 2 148.

Hiernach ist auch zu beurteilen, ob ein Einschleichen zu diebischen Zwecken (§ 243⁷) als ein widerrechtliches Eindringen anzusehen sei. Daß ein solches angenommen werden könne, erkennen das N. 9 zit. RG. E. 45 35 (das im übrigen darauf hinweist, wie ein bloßes „verdächtiges Einschleichen" noch kein widerrechtl. Eindringen sei) sowie Hälschner 2 148 N. 1 u. Rüd.-St. N. 9 an.

12) Ob das „Eindringen" ein „widerrechtliches" sei, läßt nur im konkreten Falle auf Grund des einschlagenden Rechtes sich bestimmen.

a) Bei dem Eindringen in eine „Wohnung" (N. 3) kommt vor allem das Recht des Wohnungsinhabers in Betracht; es ist deshalb ein Betreten der Wohnung mit Genehmigg. des Wohnungsinhabers nicht widerrechtlich, wenn es auch in der Absicht der Hilfeleistung beim sog Rücken u gg. den Willen des Vermieters geschah (RG. II 8. Nov. 98 E. 46 442), andererseits aber ist regelmäßig ein Eindringen widerrechtlich, das gegen des Wohnungsinhabers o. seines Stellvertreters Willen geschieht (N 9); v. Liszt S. 403. Dabei liegt übrigens eine das „Eindringen" ausschließende Einwilligung des Berechtigten nur vor, wenn sie seinem wahren Willen entspricht, nicht insoweit er durch Täuschung o. Drohung entscheidend beeinflußt ist; RG. III 5. Apr. 00 E. 47 284. Dementsprechend ist ein „widerrechtliches Eindringen" angenommen:

beim eigenmächtigen Wiederbeziehen der Wohnung seitens eines entsetzten Mieters; Berlin 1. März 72 St. 2 41;

beim Betreten einer Wohnung gegen den Willen des Ehemannes, wenn auch mit Zustimmung der Ehefrau; RG. IV 17. März 96 E. 28 269, Berlin 6 März 84 St. 3 296.

Umgekehrt ist ein solches nicht ohne weiteres deshalb angenommen, weil die Ehefrau eine von ihrem Ehemanne erteilte Erlaubnis zum Eintreten zurückgenommen hatte; Berlin 9. Juli 78 St. 8 110.

Dagegen kann die „Widerrechtlichkeit" beim Eindringen in eine fremde Wohnung aus den mannigfaltigen Gründen ausgeschlossen sein, aus denen überhaupt die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausgeschlossen ist (T. I Abschn. 4 N. 9). Insbs. kann ein Recht zum Betreten einer fremden Wohnung gegen den Willen des Inhabers begründet sein:

α. im Privatrechte; so, wenn der Vermieter lediglich die Ausübung seines Pfandrechtes erklärt, ohne demnächst länger zu verweilen; Berlin 28. März 78 O. 19 174; vgl. jedoch andererseits RG. IV 29. März 87 E. 15 391 u. Berlin 7. Feb. 79 O. 20 74, wonach die (jetzt in BGB. § 561 anerkannte) Befugnis des Vermieters, die Fortschaffung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen zu hindern, keineswegs begrifflich das Recht zum Betreten der Wohnräume ꝛc. in sich schließen soll, da sie auch ohne solchen Eintritt ausgeübt werden könne; ferner, wenn die von ihrem Ehemanne weder gerichtlich geschiedene, noch vorläufig getrennte Ehefrau (ZPO. § 627) in dessen Wohnung eindringt; aM. jedoch

Digitized by Google

RG. III 4. Feb. 82 E. 6 14, indem es die Widerrechtlichkeit mit Rücksicht auf den verfolgten Zweck (N. 11$_3$) für denkbar erklärt; über die Frage, ob ein Ehemann, der gg. das Verbot der mit seiner Genehmigung ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibenden Ehefrau die zum Gewerbebetriebe dienenden Räumlichkeiten betritt, eines Hausfriedensbr. sich schuldig mache (BGB. § 1354), vgl. RG IV 10. Okt. 02 E. 35 395.

β. im öffentlichen Rechte; vgl. Entsch. des RG.: III 7. Mai 88 N. 10 385 (ein Geistlicher der Mecklenb.-Schw. Landeskirche habe innerhalb seiner Gemeinde die Befugnis, behufs Beseitigung Ärgernis erregender Vorgänge 2c. in die Behausung der Gemeindegenossen behufs Vorhaltungen sich zu begeben), IV 27. Nov. 00 G. 47 449 (auf Grund des Pr.G. btr. d. Dienstverhältnisse der Gerichtsschreiber v. 3. März 1879 § 2 sei dem, einem Gerichtsvollzieher zur Ausbildung überwiesenen Justizanwärter die Anwesenheit bei einer in der Wohnung des Schuldners vorgenommenen Zwangsvollstreckung gestattet). Im übrigen vgl., da die btr. Befugnis in Fällen dieser Art meist einem Beamten zusteht, § 342 N. 2.

Ist die Befugnis des Dritten auf Grund von Rechtsnormen der einen oder der anderen Art nur eine — zeitlich oder sachlich (namentl. mit Rücksicht auf einen bestimmten Zweck) — beschränkte, so ist jedes über diese Beschränkung hinausgehende Eindringen ein widerrechtliches; RG. I 24. Nov. 79, 16. Apr. 85, E. 1 21, 12 132, II 2. Mai 84 N. 6 332.

b) Bei dem Eindringen in „Geschäftsräume" (N. 4) oder in „zum öffentl. Dienst bestimmte Räume" (N. 7) wird gegen den Willen des über diese Verfügungsberechtigten bzw. seines Vertreters gehandelt. Handelt es sich um private oder amtliche Räume, die bestimmungsgemäß dem Publikum zugänglich sind, so ist an sich einem jeden die Befugnis zum Eintritt eingeräumt, der sie zu einem mit dem Geschäftsbetriebe übereinstimmenden Zwecke betritt. Der Berechtigte ist jedoch in der Ausschließung bestimmter Personen gleichwohl frei; so die GM. Hat ein solcher genereller oder spezieller Ausschluß stattgefunden, so wird durch ein trotzdem erfolgendes Eindringen in solche Räume ein Hausfriedensbr. begangen; vgl. z. B. Berlin 19. Juni 72, 14. Okt. 74, Dresden 2. Aug. 72, St. 1 344, 4 281, 2 85.

13) Die zweite Alternative des Hausfriedensbr erfordert ein „Verweilen" und zwar wider den Willen des Berechtigten wie die erste ein solches „Eindringen"; um aber den „Verweilenden" darüber außer Zweifel zu setzen, daß das Verweilen jenem Willen des Berechtigten entgegen sei, bedarf es hier seiner Aufforderung zur Entfernung, während jenes subjektive Moment beim „Eindringen" schon durch den Wortausdruck selbst bezeichnet wird (N. 9); RG. II 30. Sept. 81 E. 5 109. Ein durch Eindringen begangener Hausfriedensbr. kann sich freilich auch ohne eine Aufforderung zur Entfernung durch das Verweilen fortsetzen (§ 73 N. 6 ff), weil hier nicht zweifelhaft ist, daß das Verweilen gegen den Willen des Berechtigten geschieht; RG. III 4. Mai 85 E. 12 183, Binding Hb. 1 562 N. 7 (weitere strafb. Hdlgen des Hausfriedensbrechers im Hause konkurrierten deshalb stets ideal mit dem Hausfriedensbr.).

Ist die Aufforderung ergangen, so wird das weitere Verweilen, das „Sichnichtentfernen" strafbar; in dem negativen Moment der Nichtentfernung liegt (wie Berlin 15. Mai 74 St. 4 20 richtig ausführt) zugleich das positive Moment des ferneren Verweilens; die Zuwiderhandlung richtet sich auch bei dieser Alternative gegen das Verbot der Verletzung fremden Hausrechts, so daß sie als ein Kommissivdelikt durch Unterlassung sich darstellt (§ 1 N. 3a); so: Schütze S. 102, Sturm Unterlassungsdel. S. 384; aM.: v. Schwarze N. 12aa, Schwalbach GS. 31 545, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 198, es handele sich um ein echtes Unterlassungsdel. (§ 1 N. 3b).

Wann ein solches strafbares, subjektiv von dem Bewußtsein der Zuwiderhandlung gegen den Willen des Berechtigten getragenes, „Verweilen" vorliege, insbs. ob ein verzögertes Entfernen dafür anzusehen, unterliegt der tatsächlichen Beurteilung; RG. III 28. Apr. 80 N. 1 89, Hälschner 2 150, Oppenh.-D. N. 18, v. Schwarze N. 12aa.

14) Wie bei der ersten Alternative ausdrücklich erfordert wird, daß das Eindringen ein „widerrechtliches" sei (N. 10), so bei der zweiten, daß das Verweilen „ohne Befugnis" geschehen müsse; dieser Parallelismus ergibt, daß beide Ausdrücke einander entsprechen (vgl. freilich die Ausdrucksweise im § 296 u. im § 296a, ferner im § 370^{4,2} u. im § 370^{4}),

Digitized by Google

daß somit durch diese letzteren Worte gleichfalls nur hervorgehoben wird, daß ein Recht zum Verweilen den Tatbestand auch dieser Alternative des Hausfriedensbr. ausschließe; RG. II 30. Sept. 81, IV 22. Dez. 85, I 20. Okt. 87, E. 5 110, 13 189, 16 225.

Die Verfolgung eines berechtigten Zweckes gibt an sich sowenig ein Recht zum Verweilen wie zum Eindringen (N. 11,); Berlin 17. Jan. 73, 17. Okt. 76, St. 2 226, 6 199.

15) Die „Befugnis" zum Verweilen kann durch Normen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts begründet sein; wg. Fälle der letzteren Art vgl. § 342 N. 2 aus dem N. 12aβ angeführten Grunde; das an letzterer Stelle zit. RG. N. 10 385 spricht aus, das Recht des Geistlichen dürfe nicht zu Verletzungen des Hausfriedens ausarten u. erlösche deshalb mit der Erklärung des Berechtigten, seine Anwesenheit werde nicht länger geduldet.

Die im Privatrechte begründete Befugnis zum Verweilen in den Räumen eines anderen kann der mannigfachsten Art sein; praktisch kommen namentl. folgende nach dem maßgebenden R.- bzw. Landesrechte zu beurteilende Rechtsverhältnisse in Betracht:

a. Familienangehörigkeit; vgl. N. 12aα;

b. Gesinde-, Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis; vgl. N. 6_3;

c. Wohnungsberechtigung, insbs. auf Grund eines Mietsverhältnisses, aber auch anderer Art; vgl. N. 12aα sowie RG. III 12. Nov. 81 u. I 20. Okt. 87, E. 5 235, 16 225, btr. die Einräumung eines Wohnungsrechtes an einen mit der Verwaltung eines Geschäftsbetriebes Betrauten bzw. vertragsmäßige Verpflichtung, das Verweilen eines anderen in seiner Wohnung zu dulden.

Kommen derartige Verhältnisse zur rechtsgültigen Auflösung, so wird das Verweilen der bisher Berechtigten von nun an zu einem „unbefugten"; so z. B. wenn das Dienstverhältnis eines Portiers durch berechtigte sofortige Entlassung ohne Aufkündigung gelöst ist (so RG. II 3. Nov. 79 N. 1 33 auf Grund der PrGesindeO. § 116), ferner, wenn das Arbeitsverhältnis eines Gesellen seitens des Arbeitgebers selbst ungerechtfertigt gelöst wird, da der Geselle nach der GewerbeO. §§ 121 ff. auch in einem solchen Falle zum weiteren Verweilen in den Räumen des Arbeitsherrn nicht befugt ist (zit. RG. E. 5 235). Das Verweilen jemandes, dem das Wohnen nur durch frei widerrufliche Gebrauchsleihe (precarium) eingeräumt ist, wird nach der Aufforderung zum Verlassen ein unbefugtes; das gilt unter dem BGB., wie es nach RG. III 18. Jan. 83 E. 8 44 für PrALR. galt.

Dagegen kann das bestehende Recht eines Dritten zum Verweilen in den Räumen eines anderen nicht lediglich durch die bloße Aufforderung des letzteren zum Entfernen gelöst werden; so das zit. RG. E. 5 235, ferner Berlin 17. Juli 79 O. 20 336 (der Aufenthalt eines bei seiner Mutter wohnenden minderjähr. Kindes werde durch die bloße Aufforderg. seitens jener zum Verlassen der Wohnung nicht zu einem unbefugten), endlich RG. II 27. Apr. 80 E. 1 398, welches auf Grund der PrGesindeO. verneint, daß ein Dienstbote in der ihm zum Aufenthalt überwiesenen Räumlichkeit des Dienstherrn im Falle einer unberechtigten (sofortigen) Dienstentlassung unbefugt verweile; vgl. jedoch hiergegen Fuchs E. 29 178 (dem H. Meyer S. 619 N. 9 folgt) nach der allg. Natur des Gesindedienstvertrages u. nach der PrGesindeO. enthalte die Entlassung seitens der Herrschaft unter allen Umständen eine sofortige rechtliche Auflösung des Dienstverhältnisses (vgl. das zit. RG. E. 5 235), was wenigstens für den Fall zutreffend erscheint, daß die Herrschaft sofort dasjenige anbietet, was sie nach §§ 161 f. das. dem Gesinde „bei beharrlicher Weigerung der Fortsetzung des Dienstvertrages" an Entschädigung zu gewähren hat. Jedenfalls besteht aber, solange das Gesindeverhältnis währt, ein Recht zum Aufenthalte für den Dienstboten, zwar nicht in allen Teilen der Wohnung 2c. der Herrschaft, wohl aber überhaupt irgendwo dort, so daß die Aufforderung, das Grundstück gänzlich zu verlassen, unberechtigt ist; RG. IV 22. Dez. 85 E. 13 189.

Ein nur beschränktes Recht zum Verweilen in den Räumen eines anderen wird durch Überschreitung der Schranke zu einem unbefugten; so wird das Verweilen des Vermieters, der den freien Eintritt in die Mietswohnung sich vorbehalten hat, nach Aufforderung des Mieters zur Entfernung ein unbefugtes, wenn er zum Zweck der Begehung einer das

Digitized by Google

Vertragsrecht des letzteren verletzenden Hdlg. in den Mietsraum eingetreten ist; so RG. II 6. Mai 81 E. 4 124; ähnlich das o. N. 12a aE. zit. RG. R. 6 332. Mit Unrecht hat deshalb Berlin 7. Jan. 76 St. 5 294 verneint, daß ein Knecht in der Gesindestube unbefugt verweilt habe, trotzdem die nach der Hausordnung zum Verweilen in ihr festgesetzte Zeit abgelaufen und er vom Gutsinspektor zum Verlassen der Gesindestube und zum Aufsuchen des Schlafraumes aufgefordert war.

Hierher rechnen auch die Fälle, wo ein Gast-, Speise- o. Schankwirt durch Verabfolgung von Speise und Trank zum Verzehren in seinem Lokal einem Dritten vertraglich das Recht zum vorübergehenden Aufenthalt einräumt; ein solches Recht dauert nicht länger, als nach billigem Ermessen und vernünftiger Auslegung des beiderseitigen Vertragswillens zur Erfüllung des vereinbarten Zweckes erforderlich ist; nachher ist der Inhaber des Lokals unbehindert, das längere Verweilen zu untersagen; nicht weniger kann ein ungebührliches Betragen des Gastes als begründeter Anlaß gelten, denselben schon früher aus dem Lokal zu weisen; RG. III 18. Juni 81 E. 4 322; vgl. auch Berlin OAG. 11. Mai, OEr. 19. Juni 72, St. 1 343, 344; weiter geht H. Meyer S. 619 N. 10, insofern er den Gast unbedingt für verpflichtet erachtet, sofort nach der Aufforderung sich zu entfernen.

16) Was die „Aufforderung" des Berechtigten zur Entfernung des Verweilenden betrifft, so kann nach der bereits dargelegten Bedeutung, welche die „Aufforderung" für den Verweilenden hat (N. 13), sowie nach dem Sinne des „Verweilens ohne Befugnis" (N. 14) nicht zweifelhaft sein, daß zur Erfüllung des Tatbestandes der zweiten Alternative des Hausfriedensbr. unter allen Umständen eine Aufforderung genügt; wer kein Recht darauf hat, in den Räumen eines anderen zu verweilen, wird durch eine Aufforderung darüber aufgeklärt, daß sein fernerer Aufenthalt dem Willen des Berechtigten zuwider sei, selbst wenn er ursprünglich auf Grund eines — inzwischen aufgehobenen — Rechtes oder wenigstens zu einem an sich berechtigten Zwecke verweilte, namentl. auch dann, wenn es um den Aufenthalt in den Räumen sich handelt, deren Betreten auch ihm bestimmungsgemäß nicht versagt war. Auch in solchen Fällen bedarf es einer zweiten Aufforderung nicht. So: RG. II 30. Sept. 81 E. 5 109, III 7. Jan. 84 R. 6 25, Berlin 20. Nov., 11. Dez. 72, St. 2 155, O. 13 650, Geyer 2 26, Hälschner 2 149, Oppenh.-D. N. 16.

Die Aufforderung, die keine ausdrückliche zu sein braucht, sd. auch durch schlüssige Handlungen geschehen kann (H. Meyer S. 619, Oppenh.-D. N. 16), muß nicht auf sofortige Entfernung gerichtet werden; sie kann dem Verweilenden noch eine zeitlich oder anderweitig begrenzte Frist gewähren, so z. B. einem Arbeitsgehilfen (Gesellen 2c.) bis zur Vollendung einer begonnenen Arbeit bzw. bis zum Zusammensuchen seines Arbeitszeuges.

17) Die Aufforderung hat von dem „Berechtigten" auszugehen, d. h. dem zur Verfügung über die btr. Räumlichkeit Berechtigten; vgl. jedoch Binding Lb. 1 123 „von dem zu ihr (also zur Aufforderung) Berechtigten". Gleichgültig ist, ob die Berechtigung nach Zivilrecht eine dingliche oder nur persönliche ist; Berlin OAG. 11. Mai 72 St. 1 343. Speziell bezüglich einer Wohnung ist — in der Regel — das Familienoberhaupt, als der eigentliche Träger des Hausrechts (N. 2), hinsichtlich der Gesamtwohnung der „Berechtigte"; RG. I 16. Apr. 85 E. 12 132. Im übrigen ist in der Praxis zutreffend als der „Berechtigte" angesehen und zwar:

a. hinsichtlich eines „befriedeten Besitztums": der Pächter eines zu einer Gastwirtschaft gehörigen Gartens; Berlin OAG. 11. Mai 72 St. 1 343;

b. hinsichtlich eines „zum öffentl. Dienste bestimmten Raumes", insbs. eines Schulzimmers: der Lehrer; Dresden 14. Juni 75 St. 5 289.

„Berechtigt" ist namentl. auch der Mitberechtigte; so: RG. II 3. Nov., III 10. Dez. 79, R. 1 33, E. 1 121 hinsichtlich mehrerer berechtigter Mitinhaber einer Wohnung, insbs. mehrerer an dem gemeinschaftlichen Hausflur mitberechtigter Mieter, Berlin 16. Apr. 78 O. 19 224; aM. Dresden 12. März 77 St. 7 263, am Hausflur sei nur der Hauswirt o. dessen Vertreter berechtigt.

Bei einer bestehenden Mitberechtigung mehrerer findet naturgemäß die Berechtigung des einen ihre Schranken an der des anderen; so tritt selbst die Verfügungsgewalt

Digitized by Google

des Eigentümers über sein Besitztum im Umfange des eingeräumten Mietsverhältnisses vor dem Rechte des Mieters derartig zurück, daß sie sogar Dritten gegenüber insoweit sich nicht zu äußern vermag, als der Geschäftsbetrieb (bzw. der Verkehr) des Mieters ein Betreten oder Verweilen in den zur ausschließlichen oder gemeinschaftlichen Benutzung vermieteten Räumen bedingt; RG. I 18. Mai 03 G 50 289, Berlin 6. Mai 79 O. 20 247, John HG. 3 158, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 10; anders allerdings, falls in Räumen, die zum öffentl. Dienst bestimmt sind, wie z. B. den Warteräumen der Bahnhöfe, ein Wirtschaftsbetrieb stattfindet; da steht dem Bahnhofsvorsteher bzw. dessen Vertreter unbedingt das Recht des Hausherrn zu; so das N. 7_2 zit. RG. 36 188. Über jene Grenze hinaus gelangt das eingeschränkte Verfügungsrecht des Eigentümers wieder zur vollen Geltung; so zit. Berlin O. 20 247.

Außerdem bleibt die Relativität der Berechtigung zu beachten; wer einen Raum nur precario vom Eigentümer innehat und deshalb diesem unbedingt weichen muß (N. 15_3), ist als „Berechtigter" anzusehen gegenüber einem Dritten, der gar keine Befugnis hat (zit. Berlin O. 19 224). Aus diesem Gesichtspunkte kann z. B. jemand, der vom Wirt — unbeschadet dessen eigener Berechtigung — die Erlaubnis zur Abhaltung einer Versammlung erhalten hat, Dritten gegenüber als Verfügungsberechtigter über das Versammlungslokal angesehen werden; RG. II 19. Mai 93 E. 24 194. Ebenso wird unter Umständen, insbs. bei Abwesenheit o. Verhinderung des Mieters, auch der Vermieter als „Berechtigter" hinsichtlich der Mietwohnung anzusehen sein, da ihm an dieser immerhin noch ein Recht zusteht.

18) Außer dem nach N. 17 unmittelbar Berechtigten hat i. S. des § 123 ferner dessen natürlicher Stellvertreter in der Ausübung des Hausrechtes als mittelbar Berechtigter zu gelten; ohne eine solche ausdehnende Auslegung des Wortes „Berechtigter" würde die Anwendung des § 123 in unzähligen Fällen versagen, die der Gesetzgeber zweifellos mit treffen wollte; vgl. auch § 365_1 „Wirt, seine Vertreter 2c.". So die GM.

Die Vertretung des eigentlichen Trägers des Hausrechts kann je nach Umständen auf einzelne Teile der Wohnung, der Geschäftsräume 2c. oder auch auf die ganze Wohnung sich beziehen.

a) Ersteres ist in der Praxis beispielsweise angenommen:

hinsichtlich der in einer Wohnung einzelnen Personen aus dem Hausstande ausschließend oder zu bestimmten Zwecken behufs Benutzung angewiesenen Räume, z. B. ein Schlafraum des Dienstboten; RG. I 16. Apr. 85 E. 12 132;

hinsichtlich eines Bureauraumes eines öffentl. Dienstgebäudes, in dem der Bureauvorsteher für den ordnungsmäßigen Betrieb der Geschäfte verantwortlich ist; Berlin 21. Nov. 77 St. 8 108.

b) Letzteres ist angenommen, namentl. für den Fall der Abwesenheit des eigentlichen Trägers des Hausrechts, z. B. zugunsten:

der Ehefrau des Wohnungsinhabers, selbst bei dessen vorangegangener Erlaubnis, jedoch unter veränderten Umständen; Berlin 21. Okt. 75, 9. Juli 78, St. 5 293, 8 110;

seiner Kinder; Dresden 29. Dez. 73, Berlin 14. Apr. 75, St. 4 113, 5 37;

des Prokuristen o. Handlungsgehilfen des Geschäftsinhabers; Berlin 3. Mai 78 St. 8 108;

aber auch bei anderweitiger Verhinderung, z. B. durch Krankheit; Berlin 12. Sept. 73 St. 3 53 (btr. Aufforderung seitens einer in der Wohnung beschäftigten Schneiderin in Abwesenheit des Hausherrn und bei Krankheit der Hausfrau mit deren Wissen und Willen).

19) Der Dolus besteht in beiden, als vorsätzliche Vergehen sich darstellenden, Fällen des Hausfriedensbr. in dem Wissen u. Wollen des gesamten Deliktstatbestandes (§ 59 N. 16).

Demgemäß ist bei dem ersteren Mischtatbestande namentl. das Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit des Eindringens erforderlich; so insbs: RG. I 24. Nov. 79 E. 1 21, Berlin OAG. 24. Jan. 74 St. 3 297; aM.: Berlin 20. März 76 O. 17 232, insofern es die Strafbarkeit bei rechtsirrtümlicher Annahme einer Berechtigung nur dann für ausgeschlossen erachtet, wenn der Täter „aus besonderen Gründen eine Berechtigung zu haben glaubt", Frank N. II 1. Das Bewußtsein, der Berechtigte werde, etwa nach Stellung einer For-

Digitized by Google

berung an ihn seitens des Eintretenden, den Aufenthalt nicht dulden, genügt nicht (N. 9); RG. II 19. Mai 93 G. 41 131.

Im Falle des zweiten Mischtatbestandes ist zunächst das Bewußtsein von der mangelnden Befugnis zum Verweilen erforderlich; RG. II 3. Nov. 79 N. 1 33; ferner aber das Bewußtsein von der vorhandenen Berechtigung des Auffordernden; RG. II 27. Apr. 80 E. 1 298.

In beiden Fällen muß das Bewußtsein eines Handelns gegen den entgegenstehenden Willen des Berechtigten vorliegen (N. 9, 13); es wird häufig in den Fällen des sog. verzögerten Entfernens (N. 13_3) fehlen; vgl. RG. III 28. Apr. 80 N. 1 689.

Ein weiteres gehört aber nicht zum Dolus. Namentl. ist die Absicht, den Hausfrieden zu stören, kein Erfordernis; so die GM., insbs.: Berlin 23. Okt. 72, 17. Jan. 78, Dresden 2. Jan. 74, St. 2 85, 266, 4 114. Auch das „Bewußtsein der Störung des Hausfriedens", das Hälschner 2 150 N. 3, v. Wächter S. 376 u. v. Schwarze N. 13 erfordern, kann nur in dem o. Abs. 4 bezeichneten S. in Betracht kommen; RG. II 22. Jan. 86 E. 13 312, John HH. 3 158, H. Meyer S. 619 N. 11, Frank N. III. Auch das Motiv des Täters ist für den Tatbestand des Verg. unerheblich; namentl. schließt die diebische Absicht an sich den Hausfriedensbr. nicht aus; so die GM., insbs.: RG. I 1. Mai 84 E. 11 166, Berlin 2. Apr. 73, Dresden 19. März 77, St. 5 36, 7 264. Dennoch kann das Motiv für den Erweis des Dolus Bedeutung erlangen; aus der Widerrechtlichkeit des verfolgten Zweckes (N. 11, 14) wird häufig auf das Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit des Eindringens bzw. von der mangelnden Befugnis des Verweilens geschlossen werden können, indem der unerlaubte Zweck dem Täter in der Regel zum Bewußtsein bringen wird, daß sein Eindringen 2c. dem Willen des Berechtigten entgegen sei; RG. I 16. Apr. 84 E. 7 132, Berlin 11. Dez. 78 O. 19 574.

20) In prozessualer Hinsicht ist hervorzuheben, daß die einzelnen Momente des Dolus, insbs. das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit bzw. der mangelnden Befugnis nach prozessualem Grundsatz (§ 59 N. 22) nur dann der ausdrücklichen Feststellung bedürfen, wenn in ihrer Beziehung Zweifel angeregt sind; RG. III 18. Jan. 83 E. 8 44, Berlin OAG. 24. Jan. 74, OEr. 8. Jan. 75, St. 3 297, 4 283.

Zu § 123 Absatz 2. N. 21—23.

21) Nach Abs. 2 ist das Verg. des einfachen Hausfriedensbr. aus Abs. 1 ein Antragsdelikt; Abs. 2 bezieht sich dagegen seiner Stellung nach nicht auf den qualifizierten Hausfriedensbr. aus Abs. 3, der somit auch ohne Antrag verfolgbar ist. So die GM., insbs. die Motive.

22) Antragsberechtigt ist gemäß § 61 N. 10 der durch den Hausfriedensbr. Verletzte, d. h. der, dessen Hausfrieden gebrochen worden, dessen Hausrecht (N. 2) die Beeinträchtigung erfahren hat.

Das ist also allemal der Träger des Hausrechts, also der zur Verfügung über die Räumlichkeit Berechtigte oder Mitberechtigte; demnach, soweit es um einen in einer „Wohnung" verübten Hausfriedensbr. sich handelt, der Wohnungsberechtigte (N. 17), insbs. der mittelbare Besitzer (BGB. §§ 868 f.); RG. II 3. Nov. 79 N. 1 33, III 9. Juni 84 E. 11 53, Binding Hb. 1 619, Finger 1 193 N. 257, v. Liszt S. 404, H. Meyer S. 620, Leichmann HRl. „Hausfriedensbr.". Deshalb ist mit Recht für antragsberechtigt erachtet: der Mieter hinsichtlich des gemeinschaftl. Hausflurs; zit. RG. N. 1 33; ferner der Mieter bzw. Pächter und nicht der Eigentümer; Berlin OAG. 11. Mai, OEr. 6. Juni 72, St. 1 343 f. Dagegen erscheint es nicht gerechtfertigt, mit Berlin 17. Jan. 73 St. 2 226 u. Lucas S. 271 dem selbständig fungierenden Richter hinsichtlich eines in seinem Terminzimmer und mit Dresden 14. Juni 75 St. 5 298 dem die Aufsicht ausübenden Lehrer hinsichtlich eines in seinem Klassenzimmer verübten Hausfriedensbr. die Antragsberechtigung zuzusprechen; denn Träger des verletzten Hausrechtes ist der Vorstand des Gerichtes bzw. der Schule.

Demnächst aber ist antragsberechtigt, wer den Träger des Hausrechts in diesem Rechte während einer Abwesenheit oder Verhinderung derartig vertritt, daß er selbst in dem von ihm kraft Gesetzes oder Auftrages ausgeübten Hausrecht als verletzt erscheint; so die GM.; speziell hat Berlin 8. Jan. 79 O. 20 18 angenommen, daß der

Digitized by Google

Verwalter eines fremden Vermögens (insbs. ein Gutsverwalter) hinsichtlich eines bezüglichen Hausfriedensbr. antragsberechtigt sei (§ 61 N. 17; vgl. übrigens auch das. N. 19, insbs. das zit. Berlin St. 1 115).

23) Keineswegs ist ein jeder, der nach der Ausführung in N. 17 f. für berechtigt zu erachten war, die Aufforderung zur Entfernung ergehen zu lassen, auch für antragsberechtigt zu halten; Berlin 3. Mai 78 St. 8 109, Binding Hb. 1 619, Hälschner 2 156. Deshalb kann eine „Ehefrau" zwar möglicherweise als Vertreterin ihres Ehemanns antragsberechtigt sein (RG. III 9. Juni 84 E. 11 53), dagegen darf sie nicht mit Darmstadt 24. Juni 72 u. Berlin 21. Okt. 75, St. 2 42, 5 293 als „Mitberechtigte an der Wohnung" oder „kraft vermuteter Vollmacht" zur Antragstellung befugt gehalten werden.

Demgemäß hat die Praxis, trotz vorliegender Berechtigung zur Aufforderung, die Antragsberechtigung mit Recht abgesprochen:

der Ehefrau bzw. dem Haussohne des Wohnungsinhabers; Dresden 9. Juni 73, Berlin 14. Apr. 75, St. 3 90, 5 37;

dem Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigten hinsichtlich der Geschäftsräume; Berlin 3. Mai 78 St. 8 109.

Zu § 123 Absatz 3. N. 24—26.

24) Der Tatbestand des einfachen Hausfriedensbr. erweitert sich zu dem, von Amts wegen zu verfolgenden (N. 21), qualifizierten durch Hinzutreten eines straferhöhenden Umstandes i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, wenn nämlich die Handlung begangen wird, entweder a. von einer mit Waffen versehenen Person (N. 25), oder b. von mehreren gemeinschaftlich (N. 29).

Wegen des Zusammentreffens beider straferh. Umst. vgl. § 73 N. 21a.

Die „Handlung", d. h. der ganze tatsächliche Vorgang (RG. III 4. Mai 85 E. 12 183), ist unter einem der straferh. Umst. „begangen" worden, wenn er während des Sichabspielens des Hausfriedensbr. zutrifft; s. aber N. 26b aE.

25) Wenn der „von einer mit Waffen versehenen Person" begangene Hausfriedensbr. mit erhöhter Strafe bedroht wird, so ist dafür offenbar der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit maßgebend gewesen. Demgemäß ist der Ausdruck „Waffe" nicht im technischen Sinne (§ 127 N. 2a$_2$) zu verstehen, vielmehr wird an sich jedes Werkzeug darunter fallen, das geeignet ist, den Zwecken des Angriffs o. der Verteidigung bei körperl. Kämpfen zu dienen; deshalb ist „Waffe" im wesentlichen gleichbedeutend mit „gefährliches Werkzeug" (§ 117 N. 12). So: RG. III 18. Jan. 83 E. 8 44, I 22. Nov. 88 N. 10 683 (gelegentlich), Geyer 2 26, John HH. 3 160, H. Meyer S. 620, Oppenh.-D. N. 23, v. Schwarze N. 16, Jäger Hausfriedensbr. S. 45. AM.: Binding Lb. 1 124, Hälschner 2 154, v. Liszt S. 404, Rubo N. 11, v. Kries G. 25 47.

Wenn das Erfordernis aufgestellt wird, daß der Täter mit einer Waffe „versehen" (§ 127 N. 3$_3$) sei, so mag dies allerdings, insofern es eine Vorsätzlichkeit des Handelns zum Ausdruck bringt, bedeutungsvoller sein, als das an anderen Stellen (§§ 243^5, 250^1, 295) gebrauchte „Beifichführen"; vgl. v. Schwarze N. 17. Allein sachlich besteht kein Unterschied; denn es ist selbstverständlich, daß der Dieb, Räuber o. Jagdfrevler, falls ihm das „Beifichführen" einer Waffe 2c. zugerechnet werden soll, das Bewußtsein haben muß, eine Waffe zu tragen; mehr aber als dieses Bewußtsein wird auch im Falle des § 123$_3$ nicht erfordert; RG. zit. E. 8 44, II 17. März 96 E. 28 269. Der Zweck, zu dem der Täter bei Begehung der Handlung mit der Waffe sich versehen hat, ist gleichgültig; er kann es getan haben, um davon behufs Erzwingung des Eintritts durch Anwendung oder wenigstens durch Drohung Gebrauch zu machen, er kann aber auch mit der Waffe zu ganz anderen Zwecken, z. B. solchen seines Amtes (§ 342 N. 2) oder seines Dienstes als Soldat, versehen sein und dieses genügt, sobald der Täter, sei es von vornherein, sei es im Laufe der sich fortsetzenden Tat, dessen sich bewußt ist, da die objektive Gefährlichkeit auch in solchen Fällen vorliegt. So: RG. III 23. Nov. 99 E. 32 402, Berlin 31. Jan. 72 St. 1 342, Oppenh.-D. N. 25, Rubo N. 12, Rüd.-St. N. 20, im wesentlichen auch v. Schwarze N. 17; ferner Hälschner 2 154 f., dieser jedoch mit der Einschränkung, daß auch der bewußte Waffenbesitz

Digitized by Google

dann die Straferhöhung nicht bedinge, wenn dieses Bewußtsein in concreto unverfänglich, d. h. in keiner Weise objektiv gefährlich erscheine. Dagegen verlangt H. Meyer S. 620 (562), daß der Täter sich auch bewußt sei, die Waffe könne wenigstens als Schreckmittel aufgefaßt werden, v. Wächter S. 376 aber, daß der Friedensbrecher mit Waffen absichtlich sich versehen habe oder wenigstens die Waffe, die er bei sich trägt, in Beziehung auf die Tat setze.

Da übrigens die „Handlung" von einer mit Waffen versehenen Person begangen sein muß, so genügt es nach dem N. 24_2 Bemerkten, wenn bei einem durch widerrechtliches Eindringen verübten Hausfriedensbr. der Täter der Waffe zur Erzwingung des Eintritts sich bedient, diese aber in die Räumlichkeit nicht mit hineinnimmt (aM. v. Schwarze N. 17), oder umgekehrt, wenn er sie erst nach dem Eindringen ergreift (RG. III 4. Mai 85, 18. März 97, E. 12 183, 30 78, Frank N. v 1, Oppenh.-D. N. 24); vgl. N. 13.

Nach dem Zweck der Bestimmung macht es für den Tatbestand keinen Unterschied, ob äußerlich erkennbar ist, daß der Täter mit Waffen versehen sei oder nicht; dementsprechend enthält auch das Gesetz sich jeder Unterscheidung. So: zitt. RG. E. 28 269, 30 78, Oppenh.-D. N. 25, Jäger Hausfriedensbr. S. 46. AM.: zit. Berlin St. 1 342, Rüb.-St. N. 20.

Wenn bei einem in Mittäterschaft begangenen Hausfriedensbr. nur einer mit einer Waffe versehen ist, kann dieser straferh. Umst. den Mittätern nicht zugerechnet werden, ohne deren Wissen und Wollen solches geschah; § 47 N. 15.

26) Auch für den zweiten straferhöh. Umst., die Begehung des Hausfriedensbr. „von mehreren gemeinschaftlich", ist zwar der Gesichtspunkt der objektiven Gefährlichkeit das gesetzgeberische Motiv gewesen; trotzdem wird auch hier als vom Gesetze erfordert anzusehen sein, daß der Hausfriedensbr. von „mehreren" (§ 47 N. 1) in Mittäterschaft begangen sei, bloße gleichzeitige Begehung aber nicht genüge. So die GM., insbs. das zu § 47 N. 8 zit. RG. E. 3 7 sowie Berlin 10. Okt. 73, 24. Feb. 75, St. 3 172, 5 17. Hieraus ergibt sich namentl. folgendes:

a) Die Beteiligung eines Geisteskranken sowie eines Strafunmündigen begründet nach den Ausführungen zu § 51 N. 13 und § 55 N. 6 den straferhöh. Umst., sobald sie mit dem erforderlichen Dolus handeln (Rüb.-St. N. 21 „sobald dieselben zum Mitwirken geeignet sind"), während anderenfalls das Zusammenwirken solcher Personen mit einem strafrechtlich Verantwortlichen als gemeinschaftl. Begehung nicht erscheint.

b) Es müssen mehrere Täter vorhanden sein, während es nicht genügt, wenn neben einem Täter andere als Anstifter o. Gehilfen (§§ 48, 49) beteiligt sind; so die GM., insbs. zitt. Berlin St. 3 172, 5 17. Hiermit ist übrigens zugleich auch die Frage bejahend entschieden, ob mehrere tatsächlich bei der ersten Alternative des Hausfriedensbr. eingedrungen sein müssen; denn nur durch „Eindringen" kann dieser Fall des Hausfriedensbr. begangen werden; so: zitt. Berlin, Rüb.-St. N. 21; aM. Dresden 19. März 77 St. 7 264. Demnach ergibt sich für diese Alternative des Hausfriedensbr., daß die bei der „Handlung" (N. 24) erforderte Gemeinschaftlichkeit der Begehung bei dem Eindringen, d. h. also bei der unmittelbaren Ausführung des Tatbestandsmerkmales selbst, vorgelegen haben muß.

Die „gemeinschaftl. Begehung durch mehrere" kann übrigens auch bei der zweiten Alternative des Hausfriedensbr. vorliegen; der Umstand, daß diese ein Kommissivdelikt durch Unterlassung darstellt (N. 13_3), steht nicht entgegen (§ 47 N. 18 letzt. Abs.); so die GM., insbs. RG. III 18. Juni 81, I 6. Nov. 82, E. 4 322, 7 395.

Eine vorherige Verabredung ist in keinem der beiden Fälle des Hausfriedensbr. erforderlich; so die GM., insbs. Berlin 14. Feb. 73 St. 2 227. Keinesfalls ist auch eine solche Vorverständigung geeignet, das Moment der Täterschaft seitens eines jeden zu ersetzen; auch nach einer vorherigen Verabredung genügt deshalb zur Erfüllung des straferhöh. Umst. nicht, wenn nur einer eindringt, die anderen aber bloß Beihilfe leisten; so die zitt. Berlin St. 3 172, 5 17. Dagegen ist der Nachweis einer solchen — ausdrücklichen oder konkludenten — Vorverständigung namentl. bei der zweiten Alternative von praktischer Wichtigkeit, da die Gemeinschaftlichkeit bei dieser sonst häufig schwer erweislich ist.

Digitized by Google

Zu § 123. Verhältnis zu anderen §§.; Strafsanktion; Verjährung, Zuständigkeit. N. 27—29.

27) Wegen des Verhältnisses des Hausfriedensbr. zum Diebstahl vgl. N. 19, sowie speziell zum schweren Diebstahl aus § 243[2] das. N. 63, wegen des Verhältnisses zum § 342 das. N. 4 sowie o. N. 12aß, 15, 25, zum § 368[9] o. N. 53, zum § 365, das. N. 8, endlich zum § 370[2] das. N. 1.

28) Die Strafe ist: im Falle des Abs. 1 wahlweise Gefängnis von 1 T.—3 Mt. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—300 M. (§ 27); die für den Fall der Unbeibringlichkeit an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29, nicht mehr als 3 Mt. betragen;

im Falle des Abs. 3 Gefängnis von 1 W.—1 J.

29) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, im Falle des Abs. 1 in drei, im Falle des Abs. 3 in fünf Jahren.

Zuständig ist: im Falle des Abs. 1 SchöffenG.; GVG. § 27[2];

im Falle des Abs. 3 Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[2].

§. 124.

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und in der Absicht, Gewaltthätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitzthum eines Anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, so wird Jeder, welcher an diesen Handlungen Theil nimmt, mit Gefängniß von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 214. Entw. I § 214 Abs. 2, II § 122. StB. S. 438.

1) Die Voraussetzung des sog. schweren Hausfriedensbr. (§ 123 N. 1—7) ist, daß eine „Menschenmenge" (§ 110 N. 7) sich „öffentlich zusammengerottet" (§ 115 N. 1) hat und als solche einen Hausfriedensbr. durch „widerrechtliches Eindringen" (§ 123 N. 9 ff.) verübt, letzteres in der Absicht, „Gewalttätigkeiten gegen Personen" (§§ 113 N. 23a, 122 N. 9) oder „Sachen" (d. h. sowohl bewegliche wie unbewegliche körperliche Gegenstände) „mit vereinten Kräften" (§ 115 N. 3c) zu begehen. Diese über den objektiv begangenen Hausfriedensbr. hinaus auf Landfriedensbr. (§ 125) gerichtete Absicht bildet ein für den Hausfriedensbr. lediglich subjektiv in Betracht kommendes Tatbestandsmerkmal, das mit dem den einfachen objektiven Tatbestand umfassenden Vorsatze des widerrechtl. Eindringens sich nicht deckt; RG. IV 12. März 89 E. 19 72 (eine auf nichts anderes als auf die Überwindung der dem Eintritte entgegenstehenden Hindernisse gerichtete Absicht genüge für § 124 nicht).

2) Darüber, daß der Zweck der Zusammenrttg. an sich nur der allgemeine einer jeden Zusammenrttg. zu sein braucht, und diese nicht bereits in der Absicht, die Gewalttätigkeiten zu verüben, geschehen muß, vgl. § 122 N. 4; so auch außer den Motiven: Hälschner 2 156, Schütze S. 277 N. 8, Rüd.-St. N. 1. Immerhin muß aber demnächst diese Absicht der zusammengerotteten Menschenmenge als solcher beiwohnen, während es nicht notwendig ist, daß gerade jeder einzelne Teilnehmer beabsichtige, seinerseits Gewalttätigkeiten zu begehen; so: John HH. 3 161, Hälschner aO., Oppenh.-D. N. 5; aM.: Binding Lb. 1 125, Frank N. 2, jeder müsse selbst die bezeichnete Absicht haben; dahin neigend auch Oetker GS. 64 64 N. 1.

3) Der Strafe des § 124 verfällt, wer an den N. 1 bezeichneten „Handlungen", d. h. der Zusammenrottg. und dem Hausfriedensbr., „teilnimmt" (§ 115 N. 4); eine Einschränkung dieses Begriffs, wie sie nach einer Richtung beim § 116, (das. N. 10) notwendig war, hat hier nicht stattzufinden; John HH. 3 161, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 9.

4) Wegen des Verhältnisses zum Landfriedensbr. vgl. § 125 N. 4.

5) Die Strafe ist Gefängnis von 1 Mt.—2 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Digitized by Google

§. 125.

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und mit vereinten Kräften gegen Personen oder Sachen Gewaltthätigkeiten begeht, so wird Jeder, welcher an dieser Zusammenrottung Theil nimmt, wegen Landfriedensbruches mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Rädelsführer, sowie diejenigen, welche Gewaltthätigkeiten gegen Personen begangen oder Sachen geplündert, vernichtet oder zerstört haben, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 284. Entw. I § 284, II § 123. StB. S. 436.

1) Voraussetzung des Landfriedensbr. (Abs. 1 u. 2) ist, daß eine „Menschenmenge" (§ 110 N. 7) sich „öffentlich zusammenrottet" (§ 115 N. 1, insbs. das zit. RG. G. 41 42) und als solche (Hälschner 2 492, John HH. 3 162, H. Meyer S. 688) „mit vereinten Kräften" (§ 115 N. 3c) „gegen Personen oder Sachen" (auch hier — vgl. § 110 N 14 — Plural statt Singular; Binding Lb. 2 888) „Gewalttätigkeiten" (§ 124 N. 1) begeht. Letztere müssen, nach dem Begriffe der Zusammenrottung rechtswidrig sein; RG. I 6. März 90 E. 20 303.

Dabei sind die „Gewalttätigkeiten gegen Sachen" ohne Rücksicht auf Eigentumsverhältnisse ganz allgemein zu verstehen und auch nicht wie im Abs. 2 auf die Fälle zu beschränken, in denen sie zu dem dort bezeichneten Erfolge oder überhaupt zu einem Erfolge, wie z. B. einer Sachbeschädigg., geführt haben; denn die Gefährdung ist der Grund dieser Strafandrohung; so die GM., insbs. RG. II (nicht III) 3. Feb. 82, I 29. Nov. 97, E. 5 377, 30 391; aM. John HH. 3 163. Auch Gewalttätigkeiten gegen Leichen gehören hierher, sofern nicht §§ 168, 367[1] Anwendung finden; Binding Lb. 2 888, Kohler Studien 1 213, Heilborn ZStrW. 18 189.

2) Strafbar wegen Verg. aus Abs. 1 — d. h. wegen einfachen Landfriedensbr. — wird, wer an einer solchen Zusammenrottung (N. 1) teilnimmt" (§ 115 N. 4, insbs. die das. zitt. den § 125 btr. Entsch.), während eine Beteiligung an der Begehung der Gewalttätigkeit nicht erfordert wird (RG. 1 6. März 90, 29. Nov. 97, III 16. März 03, E. 20 303, 30 391, 36 174, Geyer 2 94, Hälschner 2 493, John HH. 3 163), ja für die Anwendbarkeit des Abs. 1 nicht einmal Voraussetzung ist, daß der Täter gerade in dem Augenblick an der Zusammenrottung teilgenommen hat, als zu den Gewalttätigkeiten übergegangen wurde; so zit. RG. E. 36 174; aM. Binding Lb. 2 887 N. 4. Die bloße Teilnahme an einer Zusammenrottung i. S. des Abs. 1 schließt daher an sich das Vorhandensein von Notwehr auf seiten eines Teilnehmers nicht aus; RMG. II 18. Apr. 03 E. 5 57.

Einer Verabredung bedarf es behufs Annahme einer „Teilnahme an der Zusammenrttg." keineswegs, wenn sie auch ein Anzeichen für die Absicht einer solchen abgeben kann; es kommt vielmehr darauf an, ob die räumlich vereinigte Menschenmenge das gemeinschaftliche Bewußtsein besitzt, daß es zu Gewalttätigkeiten kommen werde oder könne, demungeachtet aber auf die Möglichkeit eines solchen Erfolges hin zusammenhält; so die N. 1$_2$ zitt. RG. E. 5 377, 30 391 (vgl. auch Frank u. Heilborn ZStrW. 12 297, 18 208); aM. Hälschner 2 493 N. 3, es komme auch auf das Wollen der Friedensstörung an, weshalb das Verharren der zusammengerotteten Menge nur genüge, nachdem Gewalttätigkeiten verübt seien.

So wenig wie § 123 (das. N. 19$_3$) das Bewußtsein der Störung des Hausfriedens erfordert, ebensowenig der Landfriedensbr. das Bewußtsein seitens der Teilnehmer, daß der allgemeine Rechtsfriede gestört werde; so: Binding Lb. 2 887 N. 3, Hälschner 2 494 N. 3 Oppenh.-D. N. 7; aM. Dresden 27. Juli 74 St. 4 284. Auch die Absicht der Selbstbegehung von Gewalttätigkeiten ist kein Erfordernis der Teilnahme; RG. IV 16. Mai 90 E. 20 403; vgl. dieses sowie IV 20. Mai 90 E. 20 405 btr. des Motives der Neugierde.

Digitized by Google

3) Das Verbr. aus Abs. 2 wird erfüllt durch Hinzutritt verschiedener straferhöhender Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, indem aus ihm bestraft werden: die Rädelsführer (§ 115 N. 6a), die, welche Gewalttätigkeiten gegen Personen begangen haben, u. die, welche Sachen geplündert, vernichtet o. zerstört haben. Eine andersartige Gewalttätigkt. gg. Sachen erfüllt daher den Tatbestand des Abs. 2 nicht; Binding Lb. 2 890, Hälschner 2 494, John HH. 3 163, Schütze S. 279, Oppenh.-D. N. 9.

a) Unter „Plünderung" von Sachen ist, in Anlehnung an die Definition des § 129 MStGB., zu verstehen: die unter Benutzung des durch den Landfriedensbr. entstandenen Schreckens in der Absicht rechtswidriger Zueignung geschehende offene Wegnahme oder Abnötigung von Sachen derjenigen Einwohner, gegen welche der Landfriedensbr. sich richtet. Ähnlich: Dresden 1. Dez. 73 St. 3 298, Binding aO., Geyer 2 94, Hälschner 2 495, v. Liszt S. 562, Oppenh.-D. N. 8; aM. Heilborn ZStrW. 18 210, gegen wen die Plünderung sich richte, sei einflußlos.

b) Die „Vernichtung" einer Sache bezeichnet deren völlige Beseitigung (z. B. durch Weggießen von Flüssigkeiten, Verbrennen von Waren), derartig daß sie zu bestehen aufgehört hat; RG. II 4. März 81 E. 3 370, I 3. Juli 82 N. 4 670 (btr. § 274[1]).

c) Die „Zerstörung" einer Sache (vgl. §§ 135, 137, 168, 229, 303, 305, 311, 321, 322) ist deren so weit gehende Beschädigung, daß sie dadurch für ihren Zweck völlig unbrauchbar, also ihrem Wesen nach aufgehoben wird; so im wesentlichen die GM., insbs. RG. II 9. Feb. 83 E. 8 33 (btr. § 311), III 26. Juni 84 N. 6 477 (btr. § 305). Die Zerstörung braucht keine gänzliche zu sein, sie kann vielmehr auch eine nur teilweise sein (§§ 305, 311); letztere liegt, im Gegensatz zu einer bloßen Beschädigung, sowohl dann vor, wenn einzelne Bestandteile der Sache, denen eine selbständige Gebrauchsbestimmung innewohnt, hierfür unbrauchbar gemacht sind, als auch schon dann, wenn sie für eine einzelne ihrer Zweckbestimmungen bzw. für eine gewisse ursprünglich mit ihr verbundenen Gebrauchsart unmöglich gemacht ist; so RG. III 4. Mai 85 N. 7 274 (btr. § 305); aM. Binding aO., die Z. müsse eine vollständige sein.

4) Was das Verhältnis des Landfriedensbr. zum schweren Hausfriedensbr. (§ 124) betrifft, so ist der Unterschied beider Delikte in die Augen springend, indem dieser einen Hausfriedensbr. mittels Eindringens erfordert, jener aber nicht, andererseits aber hier die auf Begehung von Gewalttätigkeiten gerichtete Absicht genügt, während dort die wirkliche Begehung erfordert wird. Beide Delikte können daher miteinander in Idealkonk. (§ 73) oder auch unter Umständen in Realkonk. (§ 74) treten; eine bloße Gesetzeskonk., insbs. in der Form der Subsidiarität (§ 73 N. 13b) liegt nicht vor; so RG. II 15. Dez. 03 E. 37 28, während Binding Lb. 2 889 u. Rüb.-St. § 124 N. 1 Idealkonk. annehmen; aM. die früheren Aufl. des Komm. sowie Hälschner 2 156 N. 4, John HH. 3 160, H. Meyer S. 689, Frank N. 1 u. Oppenh.-D. § 124 N. 5, die annehmen, daß die Tat bei Verübung von Gewalttätigkeiten als Landfriedensbr. aus § 125 strafbar sei.

5) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 2 ist denkbar; so Heilborn ZStrW. 18 225 u. mit Beschränkung der Strafbarkeit auf die Rädelsführer Rüb.-St. N. 8; anders die überwiegende M., insbs. für den Fall der Begehung von Gewalttätigkeiten (§ 122 N. 10) Baumgarten Versuch S. 413.

6) Idealkonk. (§ 73) mit § 115 ist denkbar; RG. IV 26. Juni 96 E. 29 11, auch Binding Lb. 2 891, obschon er regelmäßig Realkonk. für vorliegend erachtet.

7a) Die Strafe des Verg. (Abs. 1) ist Gef. von 3 Mt.—5 J. (§ 16).

b) I. Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. (Abs. 2) gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—10 J. (§ 14_3). Die für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstrafe ist Gefängnis v. 6 Mt.—5 J. Als Nebenstrafe kann erkannt werden: α. neben Zuchth. ZulPolAufs. (§§ 38 ff.); β. neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 VbER.

II. Der Versuch des Verbr. (N. 5) ist nach §§ 44 ff., insbs. nach § 44_4, zu bestrafen.

8) Es verjährt die Strafverfolgung des Verg. nach § 67_2 in fünf, diejenige des Verbr. nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist: für das Verg. Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27;
für das Verbr. SchwG.; GVG. §§ 80, 72^{2-7}, 136^1.

Digitized by Google

§. 126.

Wer durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens den öffentlichen Frieden stört, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 113. Entw. I § 113, II § 124. StR. S. 438.

1) Das Verg. des sog. Landzwanges (vgl. PGO. Art. 128) erfordert eine „Störung des öffentlichen Friedens".

Unter „öffentlichem Frieden" ist das der Bevölkerung innewohnende Bewußtsein der Rechtssicherheit zu verstehen. Vgl. Binding Lb. 2 880, 883 u. Normen 1 352, Geyer 2 94, John HH. 3 164, Merkel S. 398, Frank N. zu § 126, Oppenh.-D. N. 4, v. Buri GS. 27 228, Göhrs ZStrW. 19 481 u. namentl. RG. I 24. Okt. 81, 16. Feb. 85, 7. Feb. 89, R. 3 632, 7 108, E. 18 406 (btr. §§ 130 bzw. 130a), der öffentl. Fr. bestehe in dem Zustande des beruhigenden Bewußtseins der Staatsangehörigen, in ihren berechtigten Interessen genügend geschützt zu sein und zu bleiben; vgl. dagegen RG. III 17. Dez. 88 E. 18 314 (btr. § 130a), öffentl. Fr. sei das befreundete Zusammenleben der Volksgenossen innerhalb derselben rechtlich geschützten staatl. Ordnung, ferner Hälschner 2 507, öffentl. Fr. sei der durch die Staatsgewalt gesicherte Zustand rechtl. Ordnung der Gesellschaft, aus welchem bei der Bevölkerung das Bewußtsein der Rechtssicherheit entspringe, u. Oppenheim Verbrechensobj. S. 321 ff., nach dem der objektive Rechtsfriedenszustand das Angriffsobjekt bildet.

Eine „Störung" des öffentl. Friedens ist demgemäß nur anzunehmen, wenn das Sicherheitsbewußtsein mindestens bei einem Teile der Bevölkerung (bei einer Gesamtheit von Personen, nicht bloß bei einem einzelnen) erschüttert ist; so die GM., insbs. RG. I 2. Okt. 82, 22. Dez. 86, E. 7 393, 15 116; aM. John HH. 3 163, eine wirkliche Störung des Rechtsfriedens sei nicht erforderlich; ähnlich Klöppel RPreßr. S. 412.

2) Für den Tatbestand des § 126 kommt nur diejenige Störung des öffentl. Friedens in Betracht, die verursacht wird „durch Androhung (§ 48 N. 11a) eines gemeingefährlichen Verbrechens", d. h. gemäß der hier gebrauchten technischen Bezeichnung, eines der im Abschn. 27 vorgesehenen Verbr. (nicht auch Verg.); so die GM. Darüber, inwiefern die Androhung eines Verbr. gg. das SprengstoffG. hierher zu rechnen, vgl. Göhrs ZStrW. 19 490 u. Binding Lb. 2 883 f. Unrichtig ist, wenn RG. IV 18. Mai 86 R. 8 362 (gelegentlich) dafür erachtet, es sei im § 126, wie im § 241, die Drohung an sich für strafb. erklärt, weil das Gesetz in ihr eine Störung des öffentl. Friedens erblicke; die „Androhung" ist vielmehr nur strafbar, sofern dadurch der öffentl. Friede gestört wurde, was, wie das N. 1 zit. RG. E. 15 116 zutreffend ausführt, nur dann eintreten wird, wenn die Gefahr ihrer Verwirklichung naheliegt.

Der öffentl. Friede kann durch eine solche Androhung aber nur gestört werden, wenn letztere unter einem Teile der Bevölkerung verbreitet wird, mag sie auch nur gegenüber einem einzelnen ausgesprochen sein. So: zit. RG. E. 7 393, Berlin 5. Juli 71 O. 12 374, Binding Lb. 2 884, Hälschner 2 496, H. Meyer S. 690, Rüd.-St. N. 3, v. Buri aO. S. 229. AM.: Schütze S. 281 N. 16, v. Schwarze N. 8 (es genüge, wenn die Androhung zur Kenntnis eines Beteiligten komme).

3) Da es um ein vorsätzliches Verg. sich handelt, so besteht der Dolus im Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale (§ 59 N. 16). Der Täter muß daher das Bewußtsein gehabt haben, daß die Drohung geeignet sei, den öffentl. Frieden zu stören (RG. I 2. Okt. 82 E. 7 393, Binding Lb. 2 885, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 7, Göhrs ZStrW. 19 495), weshalb er es nach dem in voriger Note Bemerkten also mindestens für möglich gehalten haben muß, daß die Drohung zur Kenntnis eines Teiles der Bevölkerung komme (vgl. Dresden 18. Aug. 73 G. 22 658, Hälschner 2 498).

Dagegen braucht der Täter sich nicht bewußt gewesen zu sein, daß er ein „gemeingefährl. Verbr." androhe, d. h. eine den Charakter eines Verbrechens an sich tragende gemeingefährl. strafb. Hdlg.; denn offenbar handelt es sich dabei nicht um ein Deliktsmerkmal, sondern um ein bloßes Strafbarkeitsmerkmal, dessen Kenntnis der Gesetzgeber — gegen die Regel des § 59 (das. N. 5) — nicht verlangt; Binding aO., Frank N. zu § 126.

Digitized by Google

4) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 1, 27.

§. 127.

Wer unbefugterweise einen bewaffneten Haufen bildet oder befehligt oder eine Mannschaft, von der er weiß, daß sie ohne gesetzliche Befugniß gesammelt ist, mit Waffen oder Kriegsbedürfnissen versieht, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Wer sich einem solchen bewaffneten Haufen anschließt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 97. Entw. I § 109, II § 125. StB. S. 428.

Zu §§ 127—129. N. 1.

1) Die §§ 127—129 berühren zwar das Vereins- und Versammlungsrecht, regeln aber diese Materie nicht, im Gegenteil sind ausdrücklich durch EG. § 2, die besonderen Vorschriften des R.- u. Landesstrafrechts über strafb. Verletzungen desselben in Kraft erhalten. Es darf deshalb das Landesrecht, da ihm das Reichsr. nach RV. Art. 2 vorgeht, nur nicht Bestimmungen enthalten, welche denen der §§ 127—129 entgegenstehen. Insofern sind die Strafvorschriften der letzteren gegenüber denjenigen der Vereinsgesetze nicht, wie John HH. 3 166 annimmt, subsidiärer Natur. Eine Handlung, die unter die §§ 127—129 zu subsumieren ist, muß daher aus diesen bestraft werden und nicht aus dem partikulären Vereinsgesetz, nach dem sie gleichfalls strafbar erscheint; Binding Lb. 2 901, Rüd.-St. N. 1.

Zu § 127. N. 2—5.

2) Abs. 1 enthält einen, eine alternative Feststellg. ausschließenden (Wertheimer Mischgesetze S. 34), Mischtatbestand, nach dessen erster Alternative es um die Bildung ꝛc. „eines bewaffneten Haufens" sich handelt, während die zweite die Bewaffnung einer bereits gesammelten Mannschaft betrifft. Offenbar stehen beide Ausdrücke in einem gewissen Gegensatz zueinander, der dahin zu fassen sein wird, daß „Mannschaft" eine bereits bestehende — wenn auch noch nicht bewaffnete — Organisation bezeichnet mit einer Disziplin, welche an die in den Heeren oder auf Schiffen herrschende streift (§ 113 N. 10), während „Haufen" eine sich eng aneinanderschließende Menschenmenge (§ 110 N. 7) bedeutet (vgl. Grimms Wörterbuch „Haufen"); Merkel S. 397. Immerhin wird man aber die „Mannschaft" i. w. S. auch unter den „Haufen" subsumieren können, was für den Abs. 2 des §. von Bedeutung ist (N. 4); Hälschner 2 501, auch Binding aO. S. 902, der beide Begriffe gleichstellt.

a) Der Haufen als solcher, nicht jede einzelne ihm angehörige Person, muß „bewaffnet" sein; die Annahme erscheint unbedenklich, daß zur Bewaffnung Waffen im techn. S. (RG. I 22. Nov. 88 N. 10 683, Binding aO. S. 901, Geyer 2 94, Merkel S. 397 u. HH. 4 407, Rubo N. 2, v. Kries G. 25 23; vgl. dagegen § 123 N. 25) erfordert werden. Übrigens ist der, welcher eine Waffe als zufälligen Transportgegenstand trägt, zu unterscheiden von einem „Bewaffneten", der eine Waffe ihrer Eigenschaft als Waffe wegen trägt („Waffentragen" im techn. S.); zit. RG. N. 10 683, Villnow GS. 37 620.

Unter einer Waffe im techn. S. ist aber ein Werkzeug zu verstehen, das bestimmungsgemäß Menschen zum Angriff oder zur Verteidigung bei äußeren Kämpfen dient und geeignet ist, äußere Körperverletzungen beizubringen; so im wesentl. die GM., insbs. RG. III 2. Juni 80 E. 1 443 (btr. § 201); weiter geht Merkel S. 305, der Bestimmung zur Bewirkung tötlicher Verletzungen fordert, während nach Frank Abschn. 15 N. II 1 der Begriff überhaupt nicht bestimmbar sein soll. Nicht ausgeschlossen ist, daß ein ursprünglich anderen Zwecken dienendes Werkzeug (z. B. eine Sense), nachträglich durch Umarbeitung (z. B. Geradeschmieden der Sichel) zu einer „Waffe" gestaltet werde.

Digitized by Google

b) Die Mannschaft wird näher charakterisiert als eine solche, „welche ohne gesetzliche Befugnis gesammelt ist". Zunächst ist der Ausdruck „gesammelt" zutreffend gebraucht, da die disziplinierte Mannschaft sich nicht zufällig versammelt haben kann, sondern durch einen leitenden Willen gesammelt sein muß; hierfür ist die Vereinigung an einem bestimmten Orte nicht erforderlich, vielmehr die Gewinnung einzelner behufs gemeinsamer Tätigkeit für einen bestimmten Zweck das Entscheidende; Binding aO. S. 902, Hälschner 2 501. Sie ist ferner „ohne gesetzliche Befugnis" (§ 123 N. 14) gesammelt, wenn das maßgebende Gesetz — also namentl. das landesgesetzliche Vereins- u. Versammlungsrecht — ein der „Sammlung der Mannschaft" entgegenstehendes Verbot enthält, wie z. B. PrVereinsG. v. 11. März 1850 § 9 das Verbot öffentlicher Versammlungen unter freiem Himmel ohne polizeiliche Genehmigung. Schon bei Abwesenheit eines solchen Verbots würde eine bezügliche Befugnis zur Sammlung einer Mannschaft bestehen, nicht erst zufolge ausdrücklicher Staatsgenehmigung. So: Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1, auch Hälschner 2 500, außer sofern ihr Zweck nicht als zweifellos erlaubter erscheine. AM. Frank N. zu § 127.

3) Nach der ersten Alternative des Abs. 1 ist strafbar das „unbefugte (N. 2b) Bilden oder Befehligen" eines bewaffneten Haufens in dem eben erläuterten Sinne. Das „Bilden" eines solchen kann auch dadurch geschehen, daß ein bereits versammelter Haufen vom Täter mit Waffen versehen wird; Binding Lb. 2 902, Hälschner 2 500, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 2.

Nach der zweiten Alternative des Abs. 1 ist strafbar „das Versehen (§ 123 N. 25_2) einer Mannschaft (der in N. 2b charakterisierten Art) mit Waffen (s. ebenda) oder Kriegsbedürfnissen", was nicht ausschließt, daß die Mannschaft bereits bewaffnet gewesen sei; Hälschner 2 501 N. 2. Ausdrücklich (§ 59 N. 22) ist hervorgehoben, daß der Täter „wissen" müsse, die Mannschaft sei ohne gesetzliche Befugnis gesammelt, doch ist „wissen" hier gleichbedeutend mit „kennen" i. S. des § 59 (das. N. 6).

4) Nach Absatz 2 wird zwar nur der „Anschluß" an einen unbefugterweise gebildeten oder befehligten „Haufen" bestraft; daraus ist aber nicht mit Oppenh.-D. N. 4 zu folgern, daß der Anschluß an eine „Mannschaft" der im Abs. 1 bezeichneten Art straflos sei; ein innerer Grund für solche Unterscheidung ist unerfindlich; es wird deshalb auf Grund der weiteren Bedeutung des Wortes „Haufen" (N. 2) und des Umstandes, daß auch die Mannschaft bereits bewaffnet sein kann (N. 3_2), mit Binding Lb. 2 903 N. 1, Hälschner 2 501 u. Rüd.-St. N. 3 jene engere Auslegung zu verwerfen sein. Ein „Anschluß" ist auch dann anzunehmen, wenn der Haufen erst durch das Hinzutreten mehrerer gebildet wird; RG. I 25. Nov. 97 E. 46 35, Hälschner 2 502, Schütze S. 281 N. 19.

Daß der sich Anschließende selbst „bewaffnet" sei, ist keine Voraussetzung (vgl. N. 2a); RG. I 29. Nov. 97 E. 30 391, Binding aO., Oppenh.-D. N. 4.

5) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1 Gef. von 1 T.—2 J., im Falle des Abs. 2 Gef. von 1 T.—1 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 bei beiden Vergehen in fünf J.

Zuständig ist für beide Vergehen Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 128.

Die Theilnahme an einer Verbindung, deren Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Staatsregierung geheim gehalten werden soll, oder in welcher gegen unbekannte Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird, ist an den Mitgliedern mit Gefängniß bis zu sechs Monaten, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängniß von Einem Monat bis zu Einem Jahre zu bestrafen.

Gegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

PrStGB. § 98. Entw. I § 110, II § 126. StB. S. 439.

Digitized by Google

Zu §§ 128, 129. N. 1—3.

1) Die §§ 128, 129 (vgl. § 127 N. 1) richten sich gegen die „Teilnahme an einer Verbindung" und zwar an einer solchen, die entweder mit Rücksicht auf ihre Organisation (§ 128) oder auf ihre Zwecke und Beschäftigungen (§ 129) staatsgefährlich ist.

Was die „Teilnahme" an einer Verbindung anbetrifft, so läßt zwar der — übrigens alle Arten der „Teilnahme" erschöpfende (RG. IV 17. Okt. 93 E. 24 328) — Gegensatz „Mitglieder" und „Stifter und Vorsteher" die Auffassung zu, als ob letztere nicht Mitglieder zu sein brauchten; allein andererseits steht der Wortlaut auch derjenigen Auslegung nicht entgegen, die in Übereinstimmung mit der Bedeutung des „Teilnehmers" im § 115, (das. N. 4) annimmt, daß zur „Teilnahme" an einer Verbindung auch notwendig die Mitgliedschaft gehöre, so daß die „Stifter und Vorsteher" nur als mit erhöhter Strafbarkeit bedrohte Mitglieder den einfachen Mitgliedern gegenübergestellt seien. Diese Auffassung ist aber die natürlichere und wird durch die Entstehungsgeschichte nicht ausgeschlossen; denn wenn auch die Motive hervorheben, daß der Wortlaut der korrespondierenden §§. des PrStGB. im wesentlichen beibehalten und nur der Ausdruck „Beamte der Verbindung" fortgelassen sei, weil einerseits unter „Beamten" — nach § 359 — bestimmte Kategorien von Personen begriffen würden, andererseits die Beamten der Regel nach unter den „Vorstehern" mitbegriffen seien, so ist damit nicht gesagt, daß bei den Beamten von dem Erfordernisse der Mitgliedschaft abgesehen sei; da ferner nach Wegfall des Wortes „Beamte" deren erhöhte Strafbarkeit (als Vorsteher) in der Regel bestehen bleibt, so ist aus einem sprachlich-technischen Grunde darauf verzichtet, auch in Ausnahmefällen die Anwendung einer höheren Strafe zu sichern. So: v. Liszt S. 613 N. 3, H. Meyer S. 673 N. 7, Frank N. II, Krückmann Gruchots Beiträge 37 234 („Stifter" könne begrifflich niemals ein Nichtmitglied sein). AM. Berner S. 405 N. 1, Binding Lb. 2 906, Rüd.-St. N. 6.

Dagegen ist RG. (vgl. jedoch auch zit. E. 24 328) in wiederholten Entscheidungen davon ausgegangen, daß eine Teilnahme an einer Verbindung auch in anderer Weise, wie als aktives Mitglied, durch Förderung der Vereinszwecke stattfinden, daß jemand, auch ohne Mitglied der Verbindung zu sein, durch Tätigkeit für die Zwecke der Verbindung an dieser teilnehmen könne; so insbs. I 1. Mai 82 E. 6 215, 26. Sept. 87, 20. Mai 86, N. 9 464, 8 363, von denen letzteres btr. der „Teilnahme" weiter dahin sich ausläßt, daß diese nicht im techn. S. des T. I, sondern in erster Linie als Beteiligg. o. Mitgliedschaft aufzufassen sei; wenn auch der vom Gesetze als gewöhnlich vorausgesetzte Fall der der Mitgliedschaft sei, so genüge es doch zum Tatbestande, daß jemand an der Verbindung überhaupt teilnehme (N. 2_3); der Nachweis einer besonderen Tätigkeit in Verfolgung der Zwecke der Gesellschaft sei nicht erforderlich; ebenso Oppenh.-D. N. 1; z. T. aM. Rüd.-St. aO.

2) Da dem § 128 der Gedanke der gefährlichen Organisation der Verbindung zugrunde liegt, so berücksichtigt er den Zweck der Verbindung nicht, während § 129 allerdings nur an Verbindungen denkt, die mindestens ihrem tatsächlich (v. Schwarze N. 2) verfolgten Zwecke nach politische sind; denn der auf Verhinderung 2c. von Maßregeln der Verwaltung oder Vollziehung von Gesetzen gerichtete Zweck ist seiner Natur nach ein politischer. Indem letzteres jedoch aus dem speziellen Inhalt des § 129 folgt, ergibt sich, daß der Ausdruck „Verbindung" an sich in beiden §§. gleichmäßig ohne Rücksicht auf deren Zweck zu verstehen ist; so: Binding Lb. 2 904, Hälschner 2 502, Schütze S. 282, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 2; aM.: RG. III 23. Dez. 85, II 4. Apr., IV 15. Apr. 02, E. 13 273, 35 177, 195 (letzteres „nach der Entstehungsgeschichte"), John HH. 3 165, die Verbindungen müßten eine Einwirkung auf öffentl. (wenn auch nicht politische) Angelegenheiten bezwecken; vgl. übrigens Rüd.-St. § 129 N. 1. Aber auch nach dieser letzteren Ansicht wird die Richtung der Verbindung auf einen strafbaren Zweck weder für § 128, noch für § 129 erfordert; zit. RG. E. 35 177.

Unter „Verbindung" ist zu verstehen eine Vereinigung auf längere, nach Lage des Falles zu bemessende, Dauer (als Gegensatz der bloßen Versammlung, d. h. des bloß zeitweiligen Zusammentretens mehrerer) mit Unterordnung des einzelnen unter den irgendwie (z. B. durch Mehrheitsbeschluß, Befehle des Oberen 2c.) zum Ausdruck gebrachten Willen der Gesamtheit, also eine, wenn auch nicht auf geschriebenen Statuten beruhende,

Digitized by Google

Organisation; RG. zit. E. 13 273, IV 17. Okt. 93 E. 24 328; vgl. auch I 22. Dez. 87 E. 17 193 btr. der Feststllg. der für eine verbotene Verbindung erforderlichen Merkmale, ferner Krückmann Gruchots Beiträge 37 229 ff. (auch btr. des Unterschiedes von einem „Verein"). Gleichgültig ist, ob die Verbindung im Auslande ihren Sitz hat, sobald nur ein Deutscher während seines Aufenthalts im DR. der Verbindung angehört; erfolgte der Beitritt im Ausl., so ist doch die Mitgliedschaft (N. 1) ein Zustand von gewisser Dauer, der zu seiner Lösung seitens des Mitgliedes eine äußerlich erkennbar hervortretende Willensäußerung voraussetzt; ist sonach jemand im Ausl. Mitglied geworden, so kommt es darauf an, ob sein späteres Verhalten im Inl. die Fortdauer der Mitgliedschaft ausschließt; RG. I 20. Mai 86 N. 8 363.

Die — selbstverständlich gleichfalls die Unterordnung unter einen Gesamtwillen und eine gewisse Dauer des Verhältnisses erfordernde (zit. RG. E. 24 328), dagegen nicht notwendig eine „statutengemäße Aufnahme" bedingende (das N. 1_3 zit. RG. N. 9 464) — Mitgliedschaft einer jeden Verbindung in diesem Sinne, deren Organisation oder Zweck gegen die §§ 128, 129 verstößt, ist aus diesem strafbar, mag im übrigen die Verbindung einen Charakter haben, welchen sie wolle, also z. B. ein geistlicher Orden, eine Freimaurerloge oder eine Studentenverbindung sein. Namentl. würden unter jener, jedoch nicht zutreffenden (Hälschner 2 503 N. 2, v. Schwarze N. 3), Voraussetzung die den drei durch § 3 des PrEdikts v. 20. Okt. 1798 tolerierten Mutterlogen (vgl. dazu PrOVG. 22. Apr. 93 E. 41 80) angehörigen Freimaurer in Preußen nicht geschützt sein können. So speziell btr. der geistlichen Orden John HH. 3 166; der Logen: Binding Lb. 2 905 N. 3, Hälschner aO., Rubo N. 1, Alexander-Katz Freimaurerei in Preußen (Berlin 1893) S. 8; vgl. dagegen: Geyer 2 166, weder Jesuiten noch Freimaurer stelle man zufolge einer hergebrachten Auffassung unter § 128, ebenso Rüd.-St. N. 4, 5 btr. der Freimaurervereine u. Studentenverbindungen.

3) Die Verg. aus §§ 128, 129 können untereinander (Binding Lb. 2 909, Hälschner 2 503), bzgl. mit einem Verbr. aus § 86 in Idealkonk. (§ 73) treten; so RG. II, III 21. Okt. 81, 18. Juni 87, E. 5 60, 16 165; aM. Binding Lb. aO. S. 908.

Zu § 128. N. 4—6.

4) Die im staatlichen Interesse nicht zu duldende Organisation einer Verbindung besteht entweder darin, daß

a. „deren Dasein, Verfassung oder Zweck" — nicht auch, wie der Entw. der StGN. vorschlug, deren „Wirksamkeit" — „vor der Staatsregierung" (d. h. der inländischen deutschen; RG. II, III 18. Juni 87 E. 16 165, insbs. 170) „geheim gehalten werden soll", wobei aber nicht der Inhalt der geschriebenen Statuten, sondern die tatsächliche Gestaltung der Verbindung entscheidet (Binding Lb. 2 905, Hälschner 2 503 N. 1), oder daß

b) in ihr „gegen unbekannte Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen" — nicht auch, wie der Entw. der StGN. vorschlug, „zur Pflicht gemacht" — wird; vgl. jedoch Hälschner aO., es müsse angenommen werden, daß das Versprechen des Gehorsams zur verfassungsmäßigen Einrichtung der Verbindung gehöre, also auch gefordert werde. Übrigens verlangt das Gesetz nicht (wie die Motive zur StGN. Art. I § 128 anzunehmen scheinen), daß der Gehorsam ausdrücklich versprochen sei, vielmehr ist ein stillschweigendes Versprechen ausreichend.

5) Die Strafe ist Gef. von 1 T.—6 Mt. bzw. von 1 Mt.—1 J. (§ 16).

Die Nebenstrafe aus Abs. 2 ist fakultativ gegen „Beamte" (§ 359) zulässig, d. h. gegen Personen, welche zur Zeit der Tat Beamte waren, mögen sie es auch zur Zeit der Urteilsfällung nicht mehr sein; Binding Lb. 2 909. Die Nebenstr., wegen deren im allg. § 35 N. 1 zu vergleichen, ist von der Voraussetzung des Abs. 1 des § 35 nicht abhängig (Binding aO., Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 4), zieht aber die Folge des Abs. 2 desselben (das. N. 7) nach sich; so, außer Rüd.-St., v. Schwarze N. 5. Wegen Beihilfe kann die Nebenstr. nach $\S 49_2$ i. V. mit dem zum $\S 45_2$ N. 4_2 Bemerkten nicht verhängt werden. Übrigens wird das Verg., sobald es von einem Beamten verübt wird, mit Rücksicht auf die in der Zulässigkeit der Nebenstr. liegende Straferhöhung zu einem Amtsdelikt (vgl. § 4 N. 10c).

6) Die Strafverfolgung verjährt nach $\S 67_2$ bei beiden Verg. in fünf Jahren. Zuständig in für beide Verg. Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27, 75^{14}.

Digitized by Google

§. 129.

Die Theilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehört, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften, ist an den Mitgliedern mit Gefängniß bis zu Einem Jahre, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängniß von drei Monaten bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

Gegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

PrStGB. § 99. Entw. I § 111, II § 127. StB. S. 439.

1) Vgl. §§ 127 N. 1, 128 N. 1—3.

2) Die im staatlichen Interesse nicht zu duldenden „Zwecke oder Beschäftigungen einer Verbindung" bestehen darin, daß „durch ungesetzliche Mittel Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung der Gesetze verhindert oder entkräftet" werden sollen. Ein Mittel ist „ungesetzlich", sobald seine Anwendung gegen das Gesetz verstößt (Rubo N. 4), womit noch nicht gesagt ist, daß sie auch strafbar sein müsse (§§ 110, 111); so: RG. I 28. März 89 E. 19 98, Binding Lb. 2 908, Hälschner 2 503, Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 2; aM. John HH. 3 167. Die Richtung der Verbindung auf einen strafbaren Zweck ist kein Erfordernis; § 128 N. 1.

Die Anwendung ungesetzlicher Mittel seitens der Verbindung (z. B. Unterlassg. der vorgeschriebenen Anzeige und dadurch bewirkte Geheimhaltung der Verbindung) genügt für sich allein noch nicht zur Anwendung des § 129; denn nach diesem muß mit den ungesetzl. Mitteln der bestimmt bezeichnete Zweck verfolgt sein; dessen Verfolgung ergibt sich aber noch nicht aus der Anwendung ungesetzl. Mittel; RG. II 8. Nov. 87 E. 16 294 (ferner ausführend, daß „Zweck" einerseits nicht notwendig der Endzweck sei, andererseits nicht alles dasjenige bezeichne, was die Verbindung erstrebe und beabsichtige — denn § 129 spreche von den „Zwecken" und den „Mitteln", sie zu erreichen; alle Mittel aber müßten gewollt sein — vielmehr falle „Zweck" hier wesentlich mit dem Beweggrunde zusammen, der allein oder mit anderem zur Begründung o. Fortsetzung der Verbindung Anlaß gegeben habe).

Daraus, daß das Gesetz die gesetzwidrigen „Zwecke" neben die „Mittel" stellt, folgt in Verbindung mit dem Begriffe des Wortes „Zweck", daß § 129 schon dann anwendbar ist, wenn es zur Ausführung des gesetzwidrigen Zweckes seitens der Verbindung o. ihrer Mitglieder nicht gekommen ist; RG. III 23. Dez. 85 E. 13 273 (284), Binding aO.

3) Die „Vollziehung von Gesetzen" in dem w. S., wie er hier zu nehmen (vgl. dagegen „Vollstreckung von Gesetzen" im § 113; das. N. 4, 14), geschieht nicht bloß durch Beamte, sondern durch alle Maßregeln, die das Gesetz zur Erreichung seiner Zwecke anordnet; RG. II, III 21. Okt. 81, IV 2. Jan. 85, E. 5 60, 11 350.

4) Die Strafe ist Gef. von 1 T.—1 J. bzw. Gef. von 3 Mt.—2 J. (§ 16).
Wegen der gegen Beamte zulässigen Nebenstrafe aus Abs. 2 vgl. § 128 N. 5.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, bei beiden Verg. in fünf Jahren.
Zuständig ist für beide Vergehen Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 130.

Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewaltthätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 100. Entw. I § 112, II § 128. StB. S. 439 f.
Anhang V d. Motive: Exkurs zu den §§ 128, 129 d. Entw.
Vgl. PressG. § 23[3].

1) Der Tatbestand des § 130 erfordert zunächst eine „öffentliche Anreizung verschiedener Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten gegeneinander".

Digitized by Google

a) Wegen „öffentlicher Anreizung" vgl. einerseits § 110 N. 5, andererseits § 112 N. 1, sowie: RG. I 1. Juni 93 E. 24 189 (ein nicht zum Ausdruck gebrachter Gedanke könne für die „Anreizung" nicht in Betracht kommen), II 22. Mai 96 E. 28 387 (btr. Übersendung einzelner Exemplare einer Druckschrift an eine Sortimentsbuchhdlg. zwecks buchhändl. Vertriebes, ohne Rücksicht darauf, ob u. an wen die Exemplare im Publikum tatsächlich vertrieben sind; dagegen jedoch Binding Lb. 2 894 N. 2).

b) Die „Gewalttätigkeiten" (§ 113 N. 23a) werden als solche verschiedener „Bevölkerungsklassen" „gegeneinander" charakterisiert, d. h. von Klasse gegen Klasse, nicht etwa von einer Klasse gegen einzelne Personen einer anderen Klasse; so John HH. 3 170; aM. Binding Lb. 2 893, es stehe auch hier nur Plural für Singular (§ 110 N. 14). Mit „wechselseitig" (§ 198), derartig, daß die Anreizung dahin zu gehen habe, daß eine Klasse zu Gewalttätigkeiten gegen die andere und umgekehrt schreiten solle, ist jener Ausdruck nicht gleichzustellen; Hälschner 2 507, Schütze S. 284 N. 24, Oppenh.-D. N. 7. Nicht erforderlich ist, daß die Gewalttätigkeiten sofort auszuführende seien; Berlin 17. Mai 76 O. 17 353. Auch wird der Anreiz zu bestimmten Gewalttätigkeiten nicht erfordert; RG. IV 9. Feb. 86 R. 8 109. Endlich erscheint es gleichgültig, ob die Gewalttätigkeiten, die eine Bevölkerungsklasse treffen sollen, in ihrer konkreten Ausführung als solche gegen Personen oder gegen Sachen oder gegen beide gedacht sind.

Wegen eines praktischen Falles der „Anreizung zu Gewalttätigkeiten" vgl. RG. II 17. Apr. 88 E. 17 309 (die Anreizung der Polen gegen die deutschen Mitbürger wurde gefunden in der bestimmten Art u. Weise, wie das Nationalbewußtsein jener erregt wurde).

2) Unter einer „Klasse der Bevölkerung" (classe de la société) ist nach der zutreffenden Ausführung der Motive zu verstehen „eine Mehrheit von Personen, welche wg. gleicher Lebensstellung o. wg. einer Übereinstimmung der Ansichten, Zwecke o. Interessen als verbunden betrachtet und deshalb unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung zusammengefaßt, als Ganzes genommen und in ihrem Gegensatz zu den übrigen Staatsbürgern o. anderen Kategorien von Personen zum Gegenstande öffentlicher Anfeindung gemacht werden. Voraussetzung ist hierbei überall, daß die unter der Mehrheit begriffenen einzelnen Personen bestimmt erkennbar oder äußerlich unterscheidbar sind. Vage Abstraktionen, denen eine faßbare äußere Gestaltung nicht entspricht, können nicht genügen. Ob hiernach eine Klasse der Bevölkerung als Gegenstand eines den öffentlichen Frieden gefährdenden Angriffs anzusehen ist, muß der tatsächlichen Würdigung im besonderen Falle überlassen bleiben".

Mit Recht hat die Praxis (vgl. wesentlich übereinstimmend Binding Lb. 2 892 f.) bejaht, daß eine „Klasse der Bevölkerung" bezeichnet werde durch Ausdrücke wie:

„Deutsche" und „Polen"; RG. II 23. Sept. 87 R. 9 458, 17. Apr. 88 E. 17 309;

„Mordpatrioten" (Anhänger der Sedanfeier) oder „die besitzende Klasse" einerseits im Gegensatze zu den „Proletariern" andererseits; Berlin 12. Juni 74, München 24. März 76, St. 4 21, 6 209;

„Bourgeoisie"; Berlin 19. März 73 St. 2 346;

„die auf der Gleichheit der Religion (bzw. Konfession) beruhenden Personenverbindungen", ferner „Altkatholiken", „Infallibilisten", „Nichtkatholiken", „Juden", „Freimaurer"; RG. II 10. Nov. 99 E. 32 352, Berlin 19. Feb., 21. Mai, 20. Juni 73, Mannheim 10. Juni 75, G. 21 476, 519, St. 3 54, 6 201;

während andererseits solches verneint ist:

btr. der Ausdrücke „Regierung" bzw. „Regierende", als der Träger der Regierungs- o. Staatsgewalt; RG. III 4. Jan. 92 E. 22 293, außer insofern unter „Regierenden" die Beamten verstanden würden u. damit der soziale Gegensatz zwischen Beamten u. Nichtbeamten bezeichnet werden solle; denn unter „Klassen der Bevölkerung" seien wesentlich die auf dem Boden der Gesellschaft emporgewachsenen Gliederungen des Volksorganismus zu begreifen (was freilich nicht ausschließt, daß unter Umständen in der Bevölkerung Klassenunterschiede hervortreten können, die auf eine gesellschaftliche Gliederung sich nicht zurückführen lassen; RG. II 29. Juni 94 E. 26 63);

Digitized by Google

btr. der Unterscheidung zwischen streikenden und nicht streikenden Arbeitern; RG. I 30. Jan. 02 E. 35 96.

Übrigens ist nicht erforderlich, daß die Anreizung unmittelbar an die eine oder andere Klasse der Bevölkerung, etwa durch eine an diese gehaltene Anrede oder eine an sie adressierte Flugschrift, sich richte; Wolfenbüttel 11. Apr. 76 St. 6 203. Auch wird nicht einmal notwendig sein, daß die Anreizung zur Kenntnis von Mitgliedern mindestens der einen Volksklasse, auf die sie sich bezieht, gekommen sei, denn eine Friedensgefährdung in anderen Teilen der Bevölkerung ist auch ohne dieses infolge der Öffentlichkeit der Anreizung möglich; so Klöppel RPreßr. S. 415; vgl. auch Berlin 19. Feb. 78 O. 19 75; hiergegen Binding Lb. 2 894 N. 2.

Dagegen setzt § 130 voraus, daß nicht lediglich einzelne Angehörige der verschiedenen Bevölkerungsklassen, z. B. die in einem Kruge anwesenden Deutschen u. Polen, sondern die Klassen selbst zu Gewalttätigkeiten angereizt werden; zit. RG. N. 9 458, Binding Lb. 2 893.

3) Die öffentl. Anreizung verschiedener Bevölkerungsklassen zu Gewalttätigkeiten gegeneinander (N. 1, 2) muß „in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise" geschehen; es erhellt daraus, daß — nach Ansicht des Gesetzgebers — eine derartige öffentl. Anreizung auch in einer den öffentl. Frieden nicht gefährdenden Weise stattfinden kann (John HH. 3 171), wobei jedoch nicht zu verkennen ist, daß die Friedensgefährdung die Regel bilden wird; RG. III 7. Jan. 95 E. 26 349. Wo nicht schon die Anreizung, sd. erst der Ausbruch der Gewalttätigkeiten die Gefahr für den öffentl. Fr. begründet, ist der Tatbestand nicht gegeben; RG. IV 30. Sept. 02 G. 49 285 (es würde allerdings nur in Ausnahmefällen die Anreizung ganzer Bevölkerungsklassen zu Gewalttätigkeiten gegeneinander ohne Friedensgefährdung denkbar sein, weshalb es für die Regel einer ausdrücklichen Feststllg. in jener Beziehung nicht bedürfe).

Wegen „öffentlicher Friede" vgl. § 126 N. 1 (abweichend bestimmen für § 130 den Begriff: Binding Lb. 2 892 u. Normen 1 352, Hälschner 2 507 N. 3, Merkel S. 398, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 1, Göhrs Rechtsfriede S. 136, 139), wegen „Gefährdung" vgl. § 52 N. 7.

Eine objektive Störung des öffentl. Friedens wird hiernach nicht erfordert; so die GM., insbs. RG. III 10. Nov. 80, II 17. Apr. 88, E. 2 431, 17 309, I 16. Feb. 85, 7. Feb. 89, N. 7 108, E. 18 406 (beide btr. § 130a); aM. Frank N. II 3. Dagegen muß den gegebenen Umständen nach berechtigter Grund dafür vorliegen, daß die Bevölkerung, mindestens in einem Teile, durch jene Anreizung in ihrer Rechtssicherheit subjektiv sich beunruhigt fühlen könne (vgl. das zit. RG. E. 26 349 sowie RG. II 31. Mai 01 E. 34 268, bei öffentl. gehaltenen Reden sei der Kreis der für den Begriff der Friedensgefährdg. in Betracht kommenden Personen nicht auf die Zuhörer beschränkt, indem es keineswegs nur auf die Empfindungen der angereizten Bevölkerungsklasse ankomme); eine eingetretene „Gefährdung" in diesem Sinne — das Hervorrufen einer wirklichen Gefahr für den öffentl. Frieden und somit eine naheliegende Möglichkeit der Störung desselben — ist notwendig. So im wesentlichen die GM., insbs. zit. RG. E. 17 309, Berlin 19. März 73, 17. Mai 76, St. 2 346, O. 17 353. AM. einerseits RG. I 22. Dez. 86 E. 15 116, eine naheliegende Möglichkeit erfordere § 130 nicht, wie aus einer Vergleichung mit § 126 (das. N. 1, 2) sich ergebe, vielmehr sei die Voraussetzung des § 130 schon in jeder erregten Gefahr, auch in einer noch so entfernten, zu finden, worauf auch der Unterschied in der Höhe der Strafandrohungen in beiden §§. hinweise, ähnlich I 24. Okt. 81 N. 3 632, andererseits III 10. Nov. 80 E. 2 431, das Gesetz spreche von der Gefährdung des öffentl. Fr. nicht als von dem nachzuweisenden Ergebnis der Anreizung, sondern es charakterisiere damit die Beschaffenheit des Mittels, es fordere, daß das Mittel an sich zur Gefährdung geeignet gewesen sei, nicht aber, daß es eine wirkliche Gefahr des öffentl. Fr. hervorgerufen habe (das Urteil geht dabei von der § 52 N. 7 bekämpften Ansicht aus, daß in allen Fällen, wo die Anreizung eine wirkliche Störung des öffentl. Fr. nicht herbeigeführt, sie auch in concreto untauglich sei, ihn zu gefährden). Der GM. entsprechend erachtete RG. IV 9. Feb. 86 N. 8 109 die Feststllg., daß die Gewalttätigkeiten

Digitized by Google

von allen Betroffenen gefürchtet werden müßten ꝛc., für ausreichend, weil damit zugleich der Eintritt einer Friedensstörung in der nächsten Zukunft gedacht sei.

Der Eintritt der Gefährdung läßt nur nach den konkreten Umständen, namentl. unter Berücksichtigung der die Bevölkerung gerade beeinflussenden subjektiven Momente sich feststellen; Berlin OAG. 26. Okt. 72 St. 2 85, 86. Deshalb geht es zu weit, wenn Geyer 2 95 eine „Gefährdung" nur annehmen will, wenn wenigstens eine dem Ausbruch der Gewalttätigkeiten geneigte Stimmung erzeugt worden sei, während andererseits v. Buri GS. 27 232 zwar auch das Vorhandensein einer Gefahr für die Rechtsordnung und das Sicherheitsbewußtsein verlangt, solche Gefährdung aber annimmt, „sobald die Anreizung geeignet ist, eine zum Ausbruch von Gewalttätigkeiten geneigte Stimmung hervorzurufen". Mit Recht hebt aber RG. III 17. Dez. 88 E. 18 314 hervor, daß der öffentl. Fr. gefährdet sei nicht nur durch alle die äußere Existenz des Gemeinwesens u. die äußere Rechtsordnung gewaltsam erschütternden Angriffe, sondern auch durch alle das Vertrauen u. den Bestand dieser Anordnungen innerlich in den Gemütern untergrabenden Aufreizungen.

Die Gefahr der Verwirklichung gerade derjenigen Gewalttätigkeiten, zu denen angereizt wird, bildet nicht die Voraussetzung für die Gefährdung des öffentl. Friedens; Mannheim 10. Juni 75 St. 6 201.

4) Der Dolus ist nach den allgemein bezüglich der vorsätzlichen Delikte geltenden Grundsätzen zu beurteilen; § 59 N. 15 f. Demgemäß muß nicht nur das „Anreizen" vorsätzlich geschehen, sondern es muß der Vorsatz die Begehung von Gewalttätigkeiten und die Gefährdung des öffentl. Fr. mitumfassen, keineswegs aber braucht die Absicht (der Endzweck) des Täters hierauf gerichtet zu sein; es genügt insbs. eventueller Dolus; so: RG. II 8. Jan. 84 E. 9 417 (vgl. übrigens § 112 N. 1), Binding Lb. 2 895, v. Liszt S. 563, Schütze S. 283 N. 24, Oppenh.-D. N. 9; aM.: Hälschner 2 509 N. 1, Frank N. III (der es für inkonsequent erachtet, wenn nach der hier in N. 3 vertretenen Ansicht der Vorsatz auch auf die Begehung von Gewalttätigkeiten bezogen werde).

Demnach liegt der erforderliche Dolus nicht vor, wenn lediglich außerordentliche Umstände, welche der Täter nicht kannte oder nicht erkannte, zu einer Friedensgefährdung führten.

5) Über die erforderlichen Voraussetzungen, um auf Grund des § 130 i. V. mit §§ 41, 42 die Unbrauchbarmachung einer Schrift anzuordnen, vgl. RG. IV 6. März 03 E. 36 145.

6) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 2 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28$_2$ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten; so auch RG. II 28. Feb. 99 E. 32 69.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 130 a.

Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Berufes öffentlich vor einer Menschenmenge, oder welcher in einer Kirche oder an einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte vor Mehreren Angelegenheiten des Staats in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung macht, wird mit Gefängniß oder Festungshaft bis zu zwei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen Geistlichen oder anderen Religionsdiener, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Berufes Schriftstücke ausgibt oder verbreitet, in welchen Angelegenheiten des Staats in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung gemacht wird.

Digitized by Google

Entw. eines G. btr. die Ergänzung des StGB. Einziger Art. Aktenst. 1871/72 Nr. 103. StB. 1871/72 S. 463 ff., 516 ff., 569 ff.

Entw. d. StGN. Art. I § 130a. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 971 ff., 1839 ff.

1) Der nach seiner ursprünglichen, nur den jetzigen Abs. 1 enthaltenden, Fassung sog. Kanzelparagraph wurde durch G. v. 10. Dezember 1871 (o. S. 29) hinter § 130 in das StGB. eingestellt und demnächst durch V. v. 15. Juni 1872 in Elsaß-Lothringen eingeführt; vgl. StGN. Art. I N. 3. Durch die StGN. wurde dem § 130a der Abs. 2 hinzugefügt, so daß infolgedessen seine übliche Bezeichnung nicht mehr paßt, da er den friedensgefährlichen Mißbrauch der geistlichen Stellung überhaupt betrifft; H. Meyer S. 691.

2) Subjekt des Verg. ist in den Fällen sowohl des Abs. 1 als auch des Abs. 2 „ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener". Unter einem „Religionsdiener" (ministre d'un culte) ist zu verstehen, wer berufen ist, für eine Religionsgemeinschaft gottesdienstliche (§ 167 N. 2) Hdlgen auszuüben; so: Binding Lb. 2 896, Hälschner 2 510 u. ähnlich Frank N. II (eine mit religiösen Funktionen betraute Person, der kraft ihrer Stellung eine gew. Autorität zukomme), während meist — so von Berlin 23. Mai 73 St. 2 361, Oppenh.-D. N. 1 u. v. Schwarze N. 2 — die Betrauung mit der Vollziehung wesentlicher, d. h. nicht rein mechanischer Hdlgen betont wird. Die Religionsdiener der vollprivilegierten christlichen Kirchen werden „Geistliche" genannt (StPO. § 51[1]) und erlangen die Würde desselben nach katholischem sowie nach protestantischem Kirchenrechte durch die Ordination, nach ersterem, wenn sie auch nur die niedrigste Weihe empfangen haben; Sartorius PersonenstdsG. § 3 S. 43, Hälschner aO. Dagegen nimmt H. Meyer S. 691 N. 20 an, daß mit jener Wendung nur die „Geistlichen aller Bekenntnisse" gemeint seien.

Das Verg. aus § 130a ist hiernach ein delictum proprium, das von jemand, der nicht Religionsdiener ist, nicht begangen werden kann, auch nicht als Mittäter (§ 47 N. 20), während Anstiftung und Beihilfe seitens einer solchen Person denkbar sind (§§ 48 N. 20, 49 N. 20); Hälschner aO., Meves N. 2, Rüd.-St. N. 10.

3) Der Tatbestand des Abs. 1 erfordert zunächst, daß ein Religionsdiener „zum Gegenstande einer Verkündigung" oder „Erörterung" (d. h. Besprechung) „Angelegenheiten des Staats" mache, d. h. irgend etwas den Staat Angehendes, was also hinausgreift über die im § 131 hervorgehobenen „Staatseinrichtungen und Anordnungen der Obrigkeit"; RG. IV 11. Dez. 85, I 7. Feb. 89, E. 13 169, 18 406, Binding Lb. 2 897 (ein Begriff von unheimlicher Ausdehnung), Dochow HRl. „V. d. Religionsd.", Hälschner 2 511, Merkel S. 398, Schütze S. 284 N. 26, Meves N. 3. Während man negativ darin übereinstimmt, daß rein kirchliche Angelegenheiten nicht „Angelegenheiten des Staats" seien, sind in der Praxis positiv als solche angesehen:

die Reichstagswahlen: RG. zit. E. 13 169, I 16. Feb. 85 N. 7 108 (letzteres auch den bayer. Verfassungseid btr.); bzw. eine konkrete Landtagswahl, selbst wenn diese in unanfechtbarer Weise vollendet ist: RG. I 21. Okt. 95 E. 27 429;

ein Staatsgesetz: Berlin OAG. 26. Okt. 72 St. 2 86; insbs. die durch ein solches geregelten Verhältnisse der Altkatholiken: Mannheim 10. Juni 75 St. 6 201;

Anordnungen einzelner Behörden o. Beamten, z. B. eines Kreisschulinspektors über die Zulässigkt. der Schulversäumnis des Beichtzweckes halber; zit. RG. E. 18 406;

ein dem Landtage vorgelegter Gesetzentwurf: Berlin OAG. 26. Okt. 72, OEr. 20. Feb. 73, St. 2 85, G. 21 281;

die auf das Verhalten des Staats der Kirche gegenüber bezüglichen Maßregeln: Berlin 22. Juni 75 O. 16 478;

die Begünstigung des Altkatholizismus seitens der Staatsregierung bzw. der Kampf der Staatsverwaltung gegen Rom: Berlin 28. Jan. 75 G. 23 121.

Eine Angelegenheit des Staats wird „Gegenstand" einer Verkündigung rc. nicht sowohl durch ihre äußere Form, als vielmehr durch ihren materiellen Inhalt; Berlin 20. Feb. 73 G. 21 281. Auch ist letzterer insofern maßgebend, als es nicht darauf ankommt, daß der Staat wirklich mit dem sich befasse, was in der Verkündigung behauptet wird, z. B. mit der Schließung aller Kirchen und Schulen; vgl. v. Buri GS. 27 236.

Digitized by Google

Die „Verkündigung" kann auch in dem Vorleſen eines Erlaſſes eines geiſtlichen Oberen beſtehen; Berlin 28. Jan., 10. Juni 75, G. 23 121, O. 16 433, v. Schwarze N. 6a. Der geiſtliche Obere kann dabei als Anſtifter (N. 2_3) ſtrafbar ſein.

Wenn außerdem erfordert wird, daß die Verkündigung in einer „den öffentlichen Frieden" (§ 126 N. 1) „gefährdenden Weiſe" (§ 130 N. 3) geſchehe, ſo wird dadurch der Kauſalzuſammenhang dahin bezeichnet, daß der öffentl. Friede durch jene gefährdet werden muß; v. Buri GS. 27 234. Liegt dieſer Zuſammenhang vor, ſo iſt weiter nicht erforderlich, daß die Angriffe gg. den Staat ſowie ſeine Einrichtungen u. Anordnungen ſich richteten, wenn auch deren Verhütung der nächſte Zweck des Geſetzes war; zit. RG. E. 13 169. Auch verlangt § 130a nicht, wie § 130, daß die Friedensgefährdung in einer Anreizung zu „Gewalttätigkeiten" beſtehe; ſo RG. III 17. Dez. 88 E. 18 314; aM. Binding Lb. 2 897.

4) Wegen einer Verkündigung ꝛc. der bezeichneten Art wird nach der erſten Alternative des Abſ. 1 ſtrafbar ein Religionsdiener, welcher ſie „öffentlich vor einer Menſchenmenge" (§ 110 N. 5, 7) vornimmt und zwar „in Ausübung oder in Veranlaſſung der Ausübung ſeines Berufes" (§§ 340, 342).

a) „In Ausübung ſeines Berufes" iſt gleichbedeutend mit dem in den §§ 113, 117, 196 gebrauchten „während der Berufsausübung" (aM. Rubo § 340 N. 2, der deshalb „bei" für korrekter hält); in den §§ 113, 117 ſind „in" und „während" bewußtermaßen in einen Gegenſatz geſtellt (§ 113 N. 20); deshalb iſt anzunehmen, daß der Geſetzgeber auch im § 130a (dsgl. im § 340) mit „in" nicht bloß das zeitliche Zuſammentreffen, das allerdings auch vorliegen muß, habe bezeichnen wollen, vielmehr iſt weitere Vorausſetzung, daß der Geiſtliche (im § 340: der Beamte) bei Vornahme der bedrohten Hdlg. in ſeiner Eigenſchaft als Geiſtlicher aufgetreten iſt, daß er mit der Hdlg. eine in ſeinen Beruf fallende Funktion habe ausüben wollen; RG. I 23. Nov. 85, 23. Feb. 88, R. 7 691, E. 17 165 (beide btr. § 340). Vgl. übrigens § 196 N. 4a.

b) Jemand handelt dagegen „in Veranlaſſung der Ausübung ſeines Berufes", wenn eine konkrete Berufshandlung den „Anlaß" (vgl. § 87 N. 4_3) zu der Hdlg. gab, ſo daß zwar ein innerer Zuſammenhang zwiſchen der Hdlg. und der Berufsausübung beſtehen muß (während eine bloß äußere, gelegentliche Beziehung nicht genügt), andererſeits aber ein urſächlicher Zuſammenhang nicht erfordert wird; ſo hinſichtl. des Erforderniſſes des inneren Zuſammenhanges: RG. III 8. Feb. 82 E. 6 20 ſowie die zitt. R. 7 691, E. 17 165 (ſämtlich btr. § 340 bzw. § 342), Geyer 2 196, v. Liszt S. 563; ferner Wahlberg ZStrW. 2 209 ff., der mit Recht namentl. darauf hinweiſt, daß ein Kauſalzuſammenhang ſowenig wie bei der Anſtftg. (§ 48 N. 4) erfordert werde, weil die freie Hdlg. eines Zurechnungsfähigen in Frage ſtehe. So im weſentlichen auch ſpeziell btr. § 130a: Berlin 14. Juli 73 O. 14 502, Dochow HRl. „V. d. Religionsd.", Hälſchner 2 510, Meves S. 146 u. HH. 4 324 N. 3, Oppenh.-D. N. 4, Rüb.-St. N. 4; aM.: Johw HH. 3 173 (der Geiſtliche handle in Veranlaſſung der Ausübung ſeines Berufes, wenn er eine Gelegenheit, bei der er „als Geiſtlicher" nichts zu tun habe, ergreife, um als ſolcher ſich vernehmen zu laſſen), H. Meyer S. 691 N. 22 (eines inneren Zuſammenhanges bedürfe es nicht), Schütze S. 284 N. 26, v. Schwarze N. 3 (die Hdlg. müſſe bei der Ausübung des Berufes ſelbſt vorgenommen ſein).

5) Nach der zweiten Alternative des Abſ. 1 wird ſtrafbar ein Religionsdiener, „welcher in einer Kirche oder an einem anderen zu religiöſen Verſammlungen beſtimmten Orte" (§ 166) „vor mehreren" (§ 47 N. 1) eine Verkündigung der bezeichneten Art (N. 3) vornimmt, ohne daß ſolches „in Ausübung oder in Veranlaſſung der Ausübung ſeines Berufes" geſchehen zu ſein braucht; Berlin 28. Jan. 75 O. 16 89. Der die Strafbarkeit der Hdlg. bedingende Tatort braucht übrigens nicht ausſchließlich zu religiöſen Verhdlgen beſtimmt zu ſein (Meves S. 148), ja der Tatbeſtand des § 130a liegt auch dann vor, wenn die charakteriſierte Hdlg. zu einer Zeit vorgenommen wurde, als der Ort der Tat nicht zu einer religiöſen Verſammlung diente.

6) Der Tatbeſtand des Abſ. 2 wird erfüllt, wenn ein Religionsdiener „in Ausübung oder in Veranlaſſung der Ausübung ſeines Berufes" (N. 4) „Schrift-

Digitized by Google

stücke", in denen „Angelegenheiten des Staats in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung" (N. 3) gemacht sind, „ausgibt" — wenn auch nur an Eine Person — oder „verbreitet" (§ 110 N. 10 ff.); Binding Lb. 2 897 nimmt „ausgeben" für „herausgeben", mit o. ohne Urheberschaft.

„Schriftstücke" (§ 353a$_1$), worunter auch mechanisch vervielfältigte Mitteilungen — insbs. Druckschriften — zu verstehen sind (Meves HH. 4 345, v. Schwarze N. 5a sowie btr. § 353a Hälschner 2 1089), sind mit „Urkunden" nicht gleichbedeutend; ihr Begriff ist einerseits ein weiterer, wie andererseits die Urk. nicht auf „Schriftstücke" zu beschränken sind (§ 267 N. 3a); Geyer 2 200 (btr. § 353a), Meves § 353a N. 7, v. Schwarze § 353a N. 6. Vgl. auch § 41 N. 3.

7) Es hat v. Buri, G. 27 237, die Behauptung aufgestellt, daß, da § 130a in keiner Weise zu erkennen gebe, ob dolus oder culpa zur Strafbarkeit erfordert werde, beide Schuldarten für strafbar zu erachten seien. Abgesehen davon, daß, bei Zweifelhaftigkeit des Gesetzes zugunsten des Täters das E. I Abschn. 4 N. 4 Bemerkte Platz greifen würde, so bezeichnet im vorliegenden Falle der Ausdruck „etwas zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung machen" ein vorsätzliches Handeln, so daß, da das Gesetz selbst eine Ausnahme nicht macht, der ganze Tatbestand des Verg. auf dem Wissen und Willen des Täters beruhen muß, wobei freilich Eventualdolus genügt; der Endzweck des Handelns kommt nicht in Betracht, insbs. verlangt das Gesetz im Falle des Abs. 1 nicht eine auf Friedensgefährdung gerichtete Absicht (§ 130 N. 4); so im wesentlichen die GM., insbs. RG. I 16. Feb. 85 R. 7 108; inkorrekt jedoch RG. IV 11. Dez. 85 E. 13 169; aM. Hälschner 2 512 N. 1.

8) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1 wie auch des Abs. 2 (wegen „Gleiche Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21$_2$) wahlweise Gef. von 1 T.—2 J. (§ 16) oder Festungsh. (§ 17$_2$) „von gleicher Dauer", wie es sonst heißt (vgl. z. B. § 97); daß dieses der Sinn der Strafsanktion sei, ergibt nicht nur die Nichtwiederholung der Präposition „mit", sondern namentl. der Umstand, daß die auf Gef. bis zu 2 J. lautende Strafandrohung des Entw. auf RBeschluß durch die alternative Androhung der Festungsh. gemildert wurde; Oppenh.-D. N. 15.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 131.

Wer erdichtete oder entstellte Thatsachen, wissend, daß sie erdichtet oder entstellt sind, öffentlich behauptet oder verbreitet, um dadurch Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 101. Entw. I § 113, II § 129. StB. S. 440 ff., 461 ff.
Anh. V d. Motive: Exkurs zu den §§ 128, 129 d. Entw.

1) Während nach der streng juristischen Ansicht nur Personen verleumdet werden können (Abg. Lasker StB. S. 422), stellt § 131 in Anlehnung an § 187, wenn auch nicht in völliger sachlicher Übereinstimmung mit ihm (s. u. N. 7; Johow HH. 3 174, v. Liszt S. 569; vgl. auch Riedinger Staatsverleumdung S. 6 f.; gg. diese Parallelisierung aber Binding Lb. 2 872), Strafbestimmungen gegen die Verleumdung staatlicher Anordnungen auf. Bildet sonach die Autorität der Staatsgewalt das Angriffsobjekt, so hat § 131 Anwendung zu finden; richtet der Angriff sich ausschließlich gegen Personen, was insbs. auch der Fall bei Angriffen auf die Art der Amtsführung von Behörden (soweit nicht der sachliche Inhalt erlassener Anordnungen in Betracht kommt), so kann § 187 Platz greifen (RG. IV 30. Apr. 01 G. 48 303, Dresden 5. Feb. 72 St. 1 345), während beim Zusammentreffen beider Richtungen des Angriffs Idealkonk. (§ 73) anzunehmen ist; Binding Hb. 1 575 N. 17 u. Lb. 2 878, Hälschner 2 835, Johow aO. S. 178, Frank N. V, v. Schwarze N. 7. Ob aber durch die kol-

Digitized by Google

lektive Bezeichnung der Beamten einer Kategorie, z. B. die deutschen Staatsanwälte und Richter, nur die einzelnen Personen oder eine Staatseinrichtung angegriffen werden, ist Sache tatsächlicher Feststellung; Berlin 6. Juni 74 G. 22 584.

2) Eine „Tatsache" (vgl. Register „Tatsache") ist — im objektiven Sinne — etwas Vorhandenes oder Geschehenes, d. h. alles, was der Gegenwart oder Vergangenheit, nicht aber, was der Zukunft angehört. Demnach kann nur das als „Tatsache" angesehen werden, was als vorhanden oder als gewesen (geschehen) nachweisbar ist (vgl. §§ 186, 192); RG. III 8. März 82 N. 4 232, IV 13. Okt. 91, 14. Nov. 93, E. 22 158, 24 387.

Eine „Tatsache" kann entweder eine äußere oder eine innere sein, gleichwie ein „Tatumstand" i. S. des § 59 (das. N. 3), je nachdem es um Vorgänge der sinnlich wahrnehmbaren Außenwelt oder um Vorgänge im Inneren des Menschen, die somit der Gedankenwelt angehören, sich handelt; so sind namentl. die „Motive, Ziele und Absichten" eines Menschen „Tatsachen", insofern sie als etwas ihrem Dasein bzw. ihrer Beschaffenheit nach Erweisbares in Betracht kommen, desgl. die „Zwecke" einer staatl. Einrichtung (vgl. auch § 236); so die GM., insbs. — außer den Motiven — die zitt. RG. N. 4 232, E. 22 158, sowie: IV 9. Feb. 86 N. 8 109, II 23. Jan. 80 (btr. § 348), 29. Nov. 87, I 9. Okt. 93, E. 1 162, 16 368, 24 300.

Speziell den § 131 betr., so schließt der Umstand, daß der „Staat" selbst „keinen Willen" hat, logisch die Rücksichtnahme auf die „Willensrichtung" derjenigen staatlichen Organe nicht aus, von denen die „Staatseinrichtungen" ausgegangen oder die „obrigkeitlichen Anordnungen" getroffen sind; denn jene Rücksichtnahme geschieht nur in der Absicht der Verächtlichmachung dieser letzteren bzw. der Verleumdung des Staats. So: zit. RG. N. 4 232, Dresden 7. Aug. 71, Mannheim 8. Mai 73, 4. Juli 74, St. 1 73, 2 370, 6 212, Berlin 17. Apr., 24. Mai 73, 5. März, 16. Mai 74, O. 14 285, 395, 15 127, 313, Geyer 2 145, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 1. AM.: John HH. 3 175, Oppenh.-D. N. 1.

3) Gegen den aus dem PrStGB. § 101 herübergenommenen Ausdruck „erdichtete oder entstellte Tatsachen" läßt allerdings der Einwand sich erheben, daß eine „Tatsache" in dem N. 2 erläuterten S. nicht „erdichtet" sein könne (Abg. Mende StB. S. 440); allein hier und im § 353 a, sowie in anderen Gesetzesstellen, die von „unwahren" (§§ 138, 187) oder „falschen" (§§ 144, 263) Tatsachen sprechen, kommt die Tatsache nicht objektiv in Betracht, sondern nur subjektiv, wie sie von dem Täter behauptet, verbreitet, vorgeschützt, vorgespiegelt rc. wird. In diesem subjektiven S. erscheint aber als „erdichtete Tatsache" das, was als tatsächlich (i. obj. S.) hingestellt wird, obschon es in Wahrheit nicht ist bzw. nicht geschehen ist, während eine „entstellte Tatsache" vorliegt, wenn etwas objektiv Tatsächliches anders dargestellt wird, als es ist oder war.

4) Eine „erdichtete oder entstellte" (N. 3) Tatsache muß „öffentlich (§ 110 N. 5) behauptet oder verbreitet" worden sein. Das „öffentlich" bezieht sich nur auf „behaupten", wie angesichts der §§ 85, 110, 200 nicht zweifelhaft sein kann, da diese übereinstimmend die öffentl. Aufforderung und diejenige durch Verbreitung in einen Gegensatz stellen (vgl. § 110 N. 6, 9); so: Dresden 18. Okt. 75 St. 6 214, Frank N. III; aM. Lutz Begriff d. Öffentlichkt. S. 44 f.

a) „Behauptet" wird das, was als Ausdruck des eigenen Wissens kundgegeben wird; so: RG. FS. 10. Sept. 97, II 8. März 98, E. 30 224, 31 63, München 29. Sept. 76 St. 7 49, John, Dochow, HH. 3 176, 350, Hälschner 2 193, Oppenh.-D. N. 4; aM. v. Schwarze N. 6, das Wort sei vielmehr vorzugsweise im Gegensatz zu dem „Verbreiten von Gerüchten" gebraucht; das „eigene Wissen" braucht sich allerdings nicht notwendig, wie v. Schwarze meint, auf „eigene Anschauung" zu stützen. Die Erwähnung der „Behauptung" eines Dritten ist noch nicht selbst „Behauptung"; John aO. Vgl. auch § 186 N. 2 b, c, namentl. auch über das Aussprechen eines Verdachts.

b) Ein „Verbreiten" (§ 110 N. 10 ff.) kann auch durch Veröffentlichung einer von einem anderen erdichteten Tatsache geschehen; Berlin 24. Mai 73 O. 14 397.

5) Nur dann aber ist eine „Tatsache" Gegenstand einer „Behauptung o. Verbreitung", wenn letztere auf einen in seiner Individualität erkennbaren konkreten Vorgang sich beziehen; Berlin 10. März 75 O. 16 214.

Digitized by Google

Es ergibt sich aus dem Vorhergehenden, daß, wenn etwas nicht als geschehen oder vorhanden behauptet, sondern nur als das Resultat einer subjektiven Anschauung und Prüfung hingestellt wird, also überall da, wo es bloß um „Kritik und Urteil" (die Motive) oder um „Ergebnisse abstrakter Schlußfolgerungen" (das N. 2 zit. RG. E. 22 158) sich handelt, von Anwendung des § 131 auch dann keine Rede sein kann, wenn das so gewonnene Resultat der Wahrheit nicht oder nur zum Teil entspricht; vgl. auch: Dresden 7. Aug. 71 St. 1 73, Berlin 30. Juni 73 O. 14 476. Sobald aber das Resultat einer Schlußfolgerung als etwas angeblich Geschehenes oder Vorhandenes behauptet wird, liegt darin die Behauptung einer Tatsache; Aufgabe der — bei obwaltenden Zweifeln über den Sinn einer Äußerung näher zu begründenden (vgl. RG. III 22. Jan. 94 G. 42 40) — Auslegung im einzelnen Falle ist es, festzustellen, ob nur ein Urteil ausgesprochen oder eine Tatsache behauptet worden sei (wobei die gewählte Form der Äußerung, ihre Einkleidung in die Form der persönlichen Meinung nicht entscheidend sein kann); so: Berlin 24. Mai 73, 20. Okt. 74, O. 14 395, 15 692, ferner 8. Feb. 76 G. 24 131 (in tatsächl. Aufstellungen, die als Folge einer Staatseinrichtung, z. B. des Militärwesens, sich ergeben sollen, könne die Behauptung von Tatsachen, sofern sie als etwas Vorhandenes hingestellt würden, gefunden werden), ähnlich 4. Jan. 79 O. 20 7 (in dem Besprechen von Zuständen könne die Behauptung von Tatsachen gefunden werden, wenn jene als die Resultate einer gleichmäßig sich stets widerholenden Tätigkeit hingestellt würden); insbs. aber RG. III 14. Juli 80, 8. März 82, R. 2 197, 4 232 (geschehe die Unterstellung eines Motives ꝛc. ausgesprochenermaßen im Wege einer Schlußfolgerung und in der Form einer allgemeinen Kategorie, etwa um die Gesinnung zu kennzeichnen, die man einer Person zuzutrauen sich subjektiv für berechtigt halte, so werde man solche Kritik als bloßen Ausdruck persönl. Meinens bezeichnen dürfen, dagegen die Behauptung als eine tatsächliche behandeln müssen, wenn der Behauptende die von ihm unterstellten Motive selbst als unmittelbar greifbare, zur Erscheinung gekommene behandle), ferner II 9. Jan. 80, 29. Okt. 86, 15. März 87, E. 1 52, R. 8 649, 9 179 (alle drei btr. § 186: stehe die Beurteilung einer konkreten Hdlg. in Frage, z. B. die Erhebung der Beschuldigg. des Meineids, so sei zwischen dem Vorwurfe einer Tatsache und dem Aussprechen eines Urteils darüber nicht zu unterscheiden; ferner: eine Tatsache u. ihre Behauptung verliere den Charakter einer solchen dadurch nicht, daß sie, z. B. durch den Zusatz „nach seiner Meinung", als Ergebnis des eigenen Urteils des Behauptenden hingestellt werde, indem es selbst auf dem Gebiete der rein sinnlichen Wahrnehmungen keine Tatsache gebe, deren Wahrnehmung nicht auf einem Urteil beruhe und deren Aussage deshalb nicht zugleich ein Urteil enthielte; endlich: in dem Vorwurfe der Parteilichkt. könne die Behauptung einer Tats. gefunden werden, wenn er zu bestimmten Handlgen des Betroffenen in Beziehung gesetzt werde).

6) Das Behaupten erdichteter Tatsachen wird nur strafbar, wenn es geschieht, „um dadurch Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen". Streitig ist, ob das „um ... zu" soviel bedeutet wie „in der Absicht" oder wie „zu dem Zwecke". Die Zweideutigkeit der Wendung an sich wird zuzugeben (vgl. die Ausführungen des Abg. Mende, StB. S. 441), trotzdem aber hier der ersteren Auslegung der Vorzug zu geben sein, sowohl weil überhaupt regelmäßig die „Absicht" und nur ausnahmsweise der „Endzweck" von kriminalistischer Bedeutung ist, als auch weil es hier speziell um Angriffe verleumderischer Natur sich handelt, bei denen es insbs. auf den verfolgten Endzweck nicht ankommt; eine Bestätigung findet diese Auslegung in der Fassung des § 146 („um ... zu, in gleicher Absicht"). Ist hiernach aber die Absicht erforderlich, Staatseinrichtungen ꝛc. verächtlich zu machen, so muß der Wille des Täters gerade auf das Verächtlichmachen gerichtet sein, und deshalb ist bezüglich dieses Punktes das bloße Bewußtsein, durch die Behauptung würden Staatseinrichtungen verächtlich gemacht, unzureichend, somit insoweit Eventualdolus (§ 59 N. 6) ausgeschlossen. So: RG. II 21. März 81 R. 3 147, Dresden 3. Sept. 75 St. 6 214, Berner S. 408, Hälschner 2 836, v. Liszt S. 569, Schütze S. 285, Oppenh.-D. N. 12, im wesentlichen auch Binding Lb. 2 877 f. AM. einerseits Rubo N. 6 (der Zweck komme in Betracht), andererseits H. Meyer S. 659 u. v. Schwarze N. 11 (es genüge das Bewußtsein).

Digitized by Google

Ob jene Absicht die ausschließliche gewesen sei, oder ob der Täter daneben noch etwas anderes beabsichtigt habe, ist ebenso gleichgültig wie der schließlich angestrebte Zweck; zit. RG. N. 3 147, München 26. Mai 77 St. 7 266, Berlin 9. Okt. 77, 25. Juni 78, O. 18 623, G. 26 434.

Dadurch, daß die Behauptung in der charakterisierten Absicht geschieht, wird gleichzeitig bedingt, daß sie „in Beziehung" auf die Staatseinrichtungen geschehe, obgleich solches nicht, wie im § 187 („in Beziehung auf einen anderen"), ausdrücklich hervorgehoben ist; John HH. 3 174.

Daß die Behauptung 2c. den beabsichtigten Erfolg gehabt habe, gehört nicht zur Vollendung des Vergehens; zit. RG. N. 3 147, v. Liszt aO., Schütze S. 286.

7) Nach dem in der N. 6 Bemerkten ist für den Tatbestand des § 131 die der Behauptung zugrunde liegende „Absicht", also ein subjektives Moment, entscheidend; dadurch unterscheidet er sich von dem des § 187, wo das objektive Erfordernis aufgestellt wird, daß die in bezug auf einen anderen behauptete Tatsache „denselben verächtlich zu machen 2c. geeignet ist". Beide Erfordernisse sind verschiedenartig und selbständig, von denen keines das andere notwendig bedingt, weshalb auch die Feststellung, daß wissentlich eine Tatsache behauptet worden, die objektiv geeignet sei, eine Staatseinrichtung verächtlich zu machen, nicht die einer darauf gerichteten Absicht ersetzen kann. So: RG. III 8. März 82 N. 4 232, Binding Lb. 2 877 N. 3, John HH. 3 175, 177 f., v. Liszt S. 569, Frank N. IV 2, Meves G. 35 59 N. 6, Rubo N. 6, Rüd.-St. N. 8. AM.: RG. II 23. Jan. 80, 21. März 81, E. 1 161, N. 3 147, München 26. Mai 77, 15. Juni 78, St. 7 266, 8 113, Geyer 2 146, Hälschner 2 837, v. Schwarze N. 11, die behauptete Tatsache müsse objektiv geeignet sein, eine Staatseinrichtung verächtlich zu machen, während RG. IV 8. Feb. 87 G. 35 59 die Entscheidung der Frage dahingestellt sein läßt.

8) Gegenüber dem PrStGB. § 101, der „von dem Hasse oder der Verachtung aussetzen" sprach, ist der Tatbestand des § 131 insofern eingeschränkter, als lediglich in Betracht kommt: die Absicht „verächtlich zu machen" (§§ 186 f., 189), also das Bestreben, die Staatseinrichtung als im Gegensatz zum allgemeinen sittlichen Werte befindlich, oder wenigstens in ihrem sittlichen Werte erheblich herabgesetzt, namentl. als aus unsittlichen Motiven hervorgegangen u. zu unsittlichen Zwecken getroffen, darzustellen; RG. II 23. Jan. 80 E. 1 161, IV 8. Feb. 87 G. 35 59; vgl. auch IV 14. Feb. 02 E. 35 126 (btr. §§ 186 f.) sowie Frank N. IV 2d, der noch hervorhebt, daß der Obrigkeit aus ihrer Stellung besondere Pflichten erwüchsen, deren Vernachlässigung gerade bei ihr als unsittlich anzusehen sei, anderseits aber Binding Lb. 2 872 f. Fehlt dieses Moment, so bleibt straflos, wer Staatseinrichtungen lediglich beschimpft (München 25. Feb. 76 St. 6 215) oder dem Hasse aussetzt (zit. RG. E. 1 161).

9) Der Ausdruck „Staatseinrichtungen und Anordnungen der Obrigkeit" ist enger als der im § 130a (das. N. 3) gebrauchte „Angelegenheiten des Staats", schon deshalb, weil unter jenem nur tatsächlich Bestehendes zu verstehen ist; v. Schwarze N. 7 A. 4.

a) Unter „Staatseinrichtungen" sind zu verstehen die bleibenden Bestandteile der Staatsverfassung oder Staatsverwaltung, mit denen der spezielle Staat sich „einrichtet", die auf Erfüllung des Staatszweckes hinzielenden, für die Dauer bestimmten organischen Schöpfungen auf irgendeinem Gebiete der staatlichen Tätigkeit; so RG. III 5. Okt. 91 E. 22 253 u. ähnlich: Binding Lb. 2 875, Hälschner 2 834, v. Liszt S. 569, Frank N. IV 2a, während H. Meyer S. 659 — u. ihm sich anschließend Beling ZStrW. 18 281 — darunter „Einrichtungen des öffentl. Rechts" versteht. Folgeweise fällt nicht unter jenen Begriff, einerseits was nur vorübergehenden Zwecken dient, andererseits was unabhängig vom Dasein des besonderen Staats als Bestandteil allgemein menschlicher Kulturzustände sich darstellt, wie die allg. Rechtsinstitute der Ehe, der Familie und des Eigentums (denen der Entw. der StGN. durch Abänderung des § 130 strafrechtl. Schutz gg. öffentl. Angriffe gewähren wollte); so die zitt., insbs. das zit. RG., nach dem die letzteren nur insofern als „Staatseinrichtungen" sich darstellen, als sie unter Anpassung an die bestehenden Verhältnisse den Bedürfnissen des Staats entsprechend besonders gestaltet sind, wie z. B. das Grundbuchwesen, die Zivilehe; aM. in dieser Beziehung Binding aO. N. 9.

Digitized by Google

b) Hinsichtlich der „obrigkeitlichen Anordnungen" ist hervorzuheben, daß diese — anders wie im § 110 (das. N. 18) — offenbar die Akte der Gesetzgebungsgewalt mit umfassen; so: Hälschner 2 835, Frank N. IV 2b; aM. Binding Lb. 2 873. Übrigens können sie sowohl allgemeiner als auch spezieller Natur sein; RG. II 21. Juni 81 E. 4 297 (bzgl. spezieller, einen einzelnen Fall oder eine einzelne Person btr., Anordnungen), Berlin 22. Juni 75 O. 16 474, Geyer 2 145, Rüd.-St. N. 7, auch Binding aO. Dagegen wird man Anordnungen, die eine vollständige Erledigung gefunden haben, nicht als gemeint ansehen können; sie existieren dann als solche nicht mehr, sondern nur als geschichtliche Tatsachen; so: Binding aO. S. 874, Oppenh.-O. N. 17, v. Schwarze N. 8; aM.: RG. zit. E. 4 297, II 29. Nov. 87 E. 16 368 (die gegnerische Ansicht erscheine unhaltbar; dagegen erheische allerdings zwar nicht der Wortlaut der Vorschrift, nach ihrer Stellung im Abschn. 7 wohl aber der Zweck der Vorschrift eine Ausschließung derjenigen Anordnungen, die weder vom Kundgebenden in Beziehung zu der zur Zeit der Tat bestehenden Regierungsgewalt oder deren Organen gesetzt seien, noch zu diesen in einer derartigen Beziehung ständen, daß in der Kundgebung ein Angriff gegen sie gefunden werden könne), Berlin 16. Mai 74 O. 15 313 (dagegen jedoch GStA.), Rüd.-St. N. 7. Anders liegt es aber mit fortwirkenden Verboten, die als Anordnungen noch in Betracht kommen; Mannheim 4. Juli 74 St. 6 212. Bei dem Charakter der Anordnungen als „obrigkeitlicher" (§ 110 N. 19a) und ihrer Gleichstellung mit „Staatseinrichtungen" ist erforderlich, daß jenen ein in das öffentl. Leben eingreifender autoritativer Charakter, eine die öffentl. Ordnung berührende Seite beiwohnen muß; so RG. III 2. Juni 92 E. 23 151; aM. Binding aO. S 874, auch Dienstinstruktionen kämen in Betracht; bedenklich ist auch Frank N. IV 2b. Darauf, ob die Anordnungen rechtsgültige seien oder nicht, legt das Gesetz kein Gewicht; aM.: Binding aO. S. 872, Oppenh.-O. N. 18.

Unter Umständen können übrigens durch den einer Obrigkeit gemachten Vorwurf von Unterlassungen, die als solche unter „Anordnungen" nicht zu begreifen sind (RG. IV 5. Okt. 97 E. 30 263), indirekt auch deren Anordnungen zum Gegenstande des Angriffs gemacht werden, insofern bestimmte positive Maßregeln der Obrigkeit mit den Unterlassungen dergestalt im Zusammenhange stehen, daß durch die Kritik dieser zugleich jene mitgetroffen werden; zit. RG. E. 30 263, Berlin 11. Juni 74 St. 4 117.

10) Nur inländische Staatseinrichtungen u. Anordnungen inländischer Obrigkeiten sind gemeint (E. I Abschn. 7 N. 2); Binding Lb. 2 871, Hälschner 2 835, v. Liszt S. 569, Schütze S. 285 N. 28, Frank N. IV 2c, v. Schwarze S. 50. Dagegen macht das Gesetz keinen Unterschied (und die Hineinlegung eines solchen würde seinem Geiste durchaus widersprechen) hinsichtlich der Einrichtungen der einzelnen Bundesstaaten, so daß der Tatbestand auch vorliegt, wenn der in einem Bundesstaate weilende Täter die Einrichtungen eines anderen verächtlich macht, mag er auch in letzterem nicht staatsangehörig sein; so: RG. III 2. März 91 E. 21 394, Binding aO. S. 875, Hälschner aO., Rüd.-St. N. 7; aM.: München 4. Mai 74 St. 4 21, Oppenh.-O. N. 13, v. Schwarze N. 13.

11) Die Absicht muß darauf gerichtet sein, bestimmte (konkrete) Staatseinrichtungen 2c. verächtlich zu machen; RG. III 8. März 82 N. 4 232, II 5. Jan. 97 E. 29 318 (die „Regierung" als abstrakter Begriff sei keine Staatseinrichtung i. S. des Gesetzes); demgemäß bedarf es auch einer bezüglichen Feststellung, welche Staatseinrichtungen gemeint seien; Binding Lb. 2 878, John HH. 3 178. Wo der Erlaß o. das Bestehen erdichteter Einrichtungen o. Anordnungen mit dem Bewußtsein der Unwahrheit behauptet wird, um damit die Obrigkt., von der sie angeblich ausgegangen, verächtlich zu machen, kann deshalb § 131 nicht Platz greifen; RG. IV 5. Okt. 97 E. 30 263.

12) Den Ausführungen in den vorstehenden Noten entsprechend, sind

I. erachtet worden:

a. als „Staatseinrichtungen" bzw. „obrigkeitl. Anordnungen": die Ngesetze btr. die Jesuiten v. 4. Juli 1872 und die Einschaltung des § 130a sowie eine Reihe badischer, das Verhältnis zwischen Staat u. Kirche btr., Gesetze; Mannheim 8. Mai 73 St. 2 370;

b. speziell als „Staatseinrichtungen":

Digitized by Google

das Deutsche Reich bzw. der Pr. Staat in seiner konkreten Gestaltung, also die bestehenden Reichs- bzw. Staatseinrichtungen in ihrer Gesamtheit; RG. IV 5. Okt. 97 E. 30 263, Berlin 5. März 74 O. 15 127 (aM.: Frank N. IV 2a, Oppenh.-D. N. 14, es werde eine einzelne als solche erkennbar gemachte Staatseinrichtung gefordert; vgl. auch Binding Lb. 2 875 N. 5);

der Reichstag als verfassungsmäßiges Organ; RG. II 5. Jan. 97 E. 29 318, Dresden 7. Aug. 71, Berlin 30. Jan. 73, St. 1 73, 2 228;

das Reichskriegwesen, die Militäreinrichtungen des DR. bzw. die allgemeine Wehrpflicht; Wolfenbüttel 28. Nov. 71 St. 1 146, Berlin 17. Apr. 73 O. 14 285;

die durch § 130a getroffenen Anordnungen; Berlin 20. Okt. 74 O. 15 692;

die gesetzlich, insbs. durch G. v. 6. Feb. 1875, eingeführte Zivilehe; RG. III 5. Okt. 91 E. 22 253, München 6. März 75, 29. Sept. 76, St. 5 38, 6 49 (s. o. N. 9a);

die verfassungsmäßige Ordnung der Religionsgesellschaften bezüglich ihrer Rechte und Pflichten gegen den Staat; München 15. Juni 78 St. 8 113;

c. als „obrigkeitliche Anordnungen": die von den Polizeibehörden nach Maßgabe des (aufgehobenen) SozialistenG. erlassenen Verbote bezüglich des Fortbestehens gewisser Vereine, des Forterscheinens gewisser Zeitungen, der Aufenthaltsbeschränkungen 2c. gewisser Personen; RG. III 8. März 82 N. 4 232;

II. andererseits nicht angesehen:

a. als eine „Staatseinrichtung": der Reichstag in seiner zeitweiligen Zusammensetzung oder die zeitweilige Majorität desselben; zit. RG. E. 29 318, Berlin 30. Jan. 73 St. 2 228; die zur Wahrung der gesetzl. Ordnung berufenen Staatsverwaltungsorgane; zit. RG. E. 30 263; die Schulverwaltung aufgefaßt als die Gesamtheit der in ihr ihres Amtes waltenden Behörden; das N. 1 zit. RG. G. 48 303;

b. als „obrigkeitliche Anordnung":

eine dem Landtage gemachte oder gar erst beabsichtigte Gesetzesvorlage; so: Berlin 16. Jan. 73, 17. März 75, O. 14 55, 16 231, Geyer 2 145, Schütze S. 285 N. 28, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 8;

eine lediglich auf den inneren dienstlichen Geschäftsverkehr sich beziehende behördliche Anweisung; RG. III 2. Juni 92 E. 23 151 (s. o. N. 9b).

13) Die vom RT. eingeschalteten Worte „wissend, daß sie erdichtet oder entstellt sind" (vgl. § 187 „wider besseres Wissen"), sind vom Abg. Bürgers (StB. S. 445) und von v. Schwarze N. 2 in bezug auf die Dolusfrage als überflüssig bezeichnet; allein mit Unrecht; denn bei der Anlehnung des § 131 an den § 187 muß angenommen werden, daß im Falle des § 131 durch jene Worte so gut, wie durch die entsprechenden im § 187 und in den §§ 164, 189 die positive Kenntnis der völligen oder teilweisen Unwahrheit der behaupteten Tatsachen erfordert wird, derart, daß auch insoweit (N. 6) der eventuelle Dolus (§ 59 N. 6) nicht ausreicht; so: RG. III 2. Juni 92 E. 23 151, Binding Lb. 2 877, Frank N. IV 1, Oppenh.-D. N. 11; aM. Lucas Subj. Verschldg. S. 55.

14) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 132.

Wer unbefugt sich mit Ausübung eines öffentlichen Amtes befaßt oder eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

PrStGB. § 104. Entw. I § 116, II § 130. StB. S. 465.

Digitized by Google

1) Durch § 132 wird die unbefugte Amtsanmaßung, gleichviel, ob sie von dem durch die Anmaßung Betroffenen durchschaut werden konnte oder nicht (RG. IV 17. Juni 92 E. 23 205), mit Strafe bedroht, und zwar nicht nur dann, wenn jemand „sich mit Ausübung eines öffentlichen Amtes befaßt", sondern auch bereits dann, wenn jemand „eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf". Die Gegenüberstellung beider Alternativen (vgl. N. 3c) deutet zugleich darauf hin, daß die durch die Vornahme mehrerer einzelner Hdlgen sich betätigende Ausübung eines Amtes dennoch häufig nur als eine fortgesetzte Handlung (§ 73 N. 7b) anzusehen ist (Binding Lb. 2 512, Hälschner 2 837, Oppenh.-D. N. 10; auch Zimmermann GS. 30 279, faßt die erste Alternative als sog. Gesamtdelikt auf), während allerdings auch bei dieser Alternative Realkonk. (§ 74) keineswegs ausgeschlossen erscheint.

2) „Öffentliches Amt" ist in dem § 31 N. 7 ff. erläuterten Sinne zu verstehen; so, namentl. auch hinsichtlich der Kirchenämter: Hälschner 2 837, H. Meyer S. 653; anders die GM., insbs.: RG. I 13. März 84 E. 10 199, Berlin 28. Mai 74, 4. Feb. 76, St. 4 118, 6 217 (btr. die Preuß., Bad. u. Hess. Kirchengesetzgbg.), auch Zimmermann GS. 30 275, der jedoch hervorhebt, daß durch die Beschränkung des § 132 auf die Anmaßung staatlicher Ämter eine Lücke im Strafgesetz sich herausstelle; vgl. ferner Binding Lb. 2 376, 380, 508, 509 über verschiedene einschlagende Detailfragen. Unbestritten findet dagegen § 132 auf solche geistliche Amtshdlgen Anwendung, die gleichzeitig staatliche Funktionen darstellen, wie z. B. in Preußen die Erteilung von Zeugnissen aus den vor der Geltung des PersonenstdsG. in die Kirchenbücher gemachten Eintragungen; RG. III 22. Jan. 83 N. 5 56; vgl. auch IV 8. Dez. 96 E. 29 241 (s. u. § 267 N. 8 IIIk).

Insbs. kommt die Bestimmung des § 31$_2$ (das. N. 11; vgl. jedoch u. N. 4) auch hier zur Anwendung. So allgemein: Berner S. 408, Binding Lb. 2 509, H. Meyer aO., Schütze S. 287 N. 32, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 1, Zimmermann aO. S. 274, speziell hinsichtlich der Advokatur: RG. III 21. Feb. 80 N. 1 406 sowie btr. des Notariats Berlin OAG. 22. (nicht 20.) Dez. 73 St. 3 299. AM.: John HH. 3 179, Rüb.-St. N. 2.

Dagegen findet § 132 keine Anwendung auf die unbefugte Ausübung eines Gewerbes oder Vornahme einer einzelnen Handlung, die nach der GewerbeO. oder nach anderen Reichs- bzw. Landesgesetzen nur mit polizeilicher Genehmigung oder nur approbierten Personen gestattet ist, bzw. auf den Betrieb eines Gewerbes, dessen Ausübung, wie z. B. beim Auktionator nach GewerbeO. § 35, untersagt werden kann, selbst nicht insoweit Auktionatoren zur Versteigerung von Immobilien einer „Anstellung" bedürfen (vgl. jedoch § 359 N. 7$_3$); RG. I 28. März 88 E. 17 291, Binding Lb. 2 509, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 7, ferner Zimmermann aO. S. 281, der jedoch S. 280 zu Unrecht die durch die Strafbestimmung des ImpfG. v. 8. Apr. 1874 § 16 nicht getroffene Ausstellung eines Impfscheins seitens eines Nicht-Arztes als unter § 132 fallend erachtet; richtig Binding aO. N. 1.

3) Die Amtsanmaßung nach ihren beiden Richtungen (Oppenh.-D. N. 4 gibt dies nur für die erstere Alternative zu) erfordert nicht, daß der Täter alles tue, was zur gesetzlichen Gültigkeit der vorgenommenen Amtshandlung an sich gehört; wie eine von einem Beamten ausgehende Amtsausübung eine „unrechtmäßige" sein kann, ohne dadurch den Charakter als Ausübung zu verlieren, so ist auch eine unbefugte Amtsausübung denkbar, die nicht alle Erfordernisse der Amtshdlg. begreift, also unvollständig ist; RG. IV 17. Juni 93 E. 23 205 (btr. Zusendung eines Zahlungsbefehls, unter dem die Unterschrift des Richters fehlte), Binding Lb. 2 510, Frank N. II 1.

a) Für die Anwendung der ersteren Alternative ist insbs. an sich keineswegs Voraussetzung, daß die verübte Hdlg. innerhalb der Zuständigkeit des angemaßten Amtes liege, wenn nur der Täter die Hdlg. vermöge des angenommenen Beamtencharakters verübte, also als Beamter tätig wurde; RG. III 7. Juli 80, 12. Jan. 81, E. 2 292, N. 2 716, Geyer 2 146, v. Liszt S. 570, Frank N. II 1. Falls aber der Täter den Namen eines Beamten sich nicht ausdrücklich beilegt, muß jedoch verlangt werden, daß die vorgenommene

Digitized by Google

Hdlg. zu denjenigen gehöre, wozu am Orte der Tat ein wirkliches öffentl. Amt die Befugnis gibt, da es sonst an dem Merkmale der Ausübung eines öffentl. Amtes fehlen und somit die erste Alternative nicht zutreffen würde; zit. RG. E. 2 292. Ob der Täter zu der Hdlg. auch als Privatperson befugt sein würde, kommt für die erstere Alternative nicht in Betracht, weil bei ihr das Strafbare darin liegt, daß der Täter nicht als Privatperson, sondern als Beamter auftritt und in Ausübung des angemaßten Amtes tätig wird; so: zit. RG. E. 2 292, Merkel S. 399, Frank aO.; aM. Binding aO. S. 511. Mit Recht verneinte aus letzterem Grunde RG. II 20. Sept. 81 E. 4 421 das Vorliegen der ersten Alternative in einem Falle, wo ein nicht öffentl. bestellter Fleischbeschauer bei Aushändigung eines Attestes über das Ergebnis der von ihm auf Trichinen vorgenommenen Untersuchung ausdrücklich in einen Gegensatz zu dem angestellten Fleischbeschauer sich gebracht hatte.

b) Dagegen ist bei der zweiten Alternative die Frage erheblich, ob die vorgenommene Hdlg. auch einer Privatperson zustehe, weil hier der Täter lediglich dadurch fehlt, daß er als Privatperson tut, was nur ein Beamter tun darf, indem entweder Privatpersonen die Vornahme einer solchen Hdlg. schlechthin untersagt ist, oder doch die Vornahme einer Hdlg., die nach der Beschaffenheit der tatsächlichen Voraussetzungen auch von Privatpersonen vorgenommen werden darf, wie z. B. unter Umständen eine Haussuchung o. eine Einsperrung, in dem konkreten Falle aber unter Umständen vorgenommen wird, vermöge deren sie sich, sei es auch nur zum Scheine, als Amtshdlg. charakterisiert und nach außen als unbefugte Amtsanmaßung sich darstellt; so RG. zit. E. 2 292, III 29. Nov. 83, 4. Jan. 87, R. 5 737, 9 6, III 13. Juni 01 E. 34 288. Deshalb erachtete das zu a zit. RG. E. 4 421 die zweite Alternative in einem Falle für vorliegend, wo ein von einem amtl. Fleischbeschauer auszustellendes Attest über die vorgenommene Untersuchung die gesetzliche Voraussetzung für den Verkauf des Fleisches bildete, während das zit. RG. E. 34 288 darin, daß jemand als Privatperson einer anderen in deren Einverständnis außergerichtlich zur Bekräftigung der Wahrheit einer Tatsache einen Eid gemäß StPO. § 61 abnahm, den Tatbestand der zweiten Alternative nicht fand, weil weder die Ableistung außergerichtlicher Privateide verboten ist, noch nach den begleitenden Umständen die Eidesabnahme als eine Amtshdlg. sich darstellte.

c) Bei der inneren Verschiedenheit beider Alternativen, derzufolge es um zwei verschiedene Tatbestände, nicht um einen Tatbestand mit verschiedenen Modalitäten sich handelt, ist eine alternative Feststellg. ausgeschlossen; so RG. II 10. März 99 E. 32 85; aM. Binding Lb. 2 508, das einfache Grunddelikt — die 2. Alternative — u. eine geschärfte (?) Unterart desselben ständen alternativ unter der gleichen Strafe; deshalb könne die 2. Alternative in die 1. sich fortsetzen. Beide Alternativen können miteinander, sei es ideal (§ 73) oder real (§ 74) konkurrieren; so zit. RG. E. 32 85, und wenigstens ersteres, Frank N. III; aM. Binding Lb. 2 512 N. 4.

4) Wegen des auf beide Alternativen sich beziehenden „unbefugt" vgl. § 123 N. 14. Ob jemandem ein Recht zur Seite stehe, eine der im § 132 bezeichneten Hdlgen vorzunehmen, ist nach Maßgabe der bezüglichen Reichs- bzw. Landesgesetzgebung zu entscheiden. Das gilt namentl. auch von der Advokatur außerhalb des Gebietes der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit, für welche die Landesgesetzgebung entscheidend ist, da die RAO. nur auf die durch die Reichsjustizgesetzgebung von 1877 begrenzten Rechtsgebiete sich bezieht. RG. III 21. Feb. 80, 5. März 81, R. 1 406, 3 121.

5) Subjekt des Verg. kann nicht nur ein Nichtbeamter, sondern auch ein Beamter sein; RG. IV 19. Feb. 89, III 11. Jan. 04, E. 18 430, 37 55, Binding Lb. 2 509 (jeder, der gerade des btr. Amtes ermangele), Schütze S. 286 f. N. 32, Zimmermann aO. S. 276.

Nicht jede unrechtmäßige Amtsausübung (§ 113 N. 13—19) seitens eines Beamten ist eine unbefugte Einmischung in ein öffentl. Amt, vielmehr muß noch ein Übergriff in die sachliche Zuständigkeit eines anderen (N. 3a) hinzukommen, sei es, daß die Amtshdlg. wenigstens noch in dasselbe Geschäftsressort einschlägt, sei es, daß sie sogar in ein ganz anderes Ressort hinübergreift; fehlt diese Voraussetzung, so liegt nur ein Amts-

Digitized by Google

mißbrauch (§ 339) vor; Binding aO. N. 2, Hälschner 2 837, John, Meves, HH. 3 180, 974, Oppenh.-D. N. 5.

Nicht jede Ausübung eines Amtes seitens eines Nichtbeamten fällt unter § 132, da keineswegs amtliche Funktionen durchweg von Beamten wahrzunehmen sind; § 31 N. 7.

6) Das Verg. ist, da der fahrl. Verübung keine Erwähnung geschieht, zweifellos ein vorsätzliches (T. I Abschn. 4 N. 4); RG. IV 29. Nov. 95 E. 27 418.

Zum Dolus gehört deshalb das Bewußtsein der unbefugten Amtsanmaßung; Mannheim 22. Mai 74 St. 4 23, Berlin 5. Mai 76 G. 24 350, Binding Lb. 2 510 f., John HH. 3 181, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 15. Bei einer objektiv durch Überschreitung der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit seitens eines Beamten stattfindenden Einmischung in ein anderes öffentl. Amt wird jenes Bewußtsein häufig fehlen; vgl. Schütze S. 286 u. v. Schwarze N. 1.

Zum Dolus gehört aber auch der Wille, mit einer Amtsausübung sich zu befassen oder eine Handlung vorzunehmen, die nur kraft eines öffentl. Amtes vorgenommen werden darf; zit. RG. E. 27 418. Deshalb ist die Einhändigung eines amtl. zuzustellenden Schriftstücks durch einen zur Zustellung nicht Befugten nur dann eine unbefugte Ausübung eines öffentl. Amtes, wenn der Übergeber als Zustellungsbeamter sich geriert; RG. III 29. Nov. 83 N. 5 737.

7) Begehung des Delikts in Mittäterschaft (§ 47) ist denkbar; RG. III 11. Jan. 04 E. 37 55.

8) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—300 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 133.

Wer eine Urkunde, ein Register, Akten oder einen sonstigen Gegenstand, welche sich zur amtlichen Aufbewahrung an einem dazu bestimmten Orte befinden, oder welche einem Beamten oder einem Dritten amtlich übergeben worden sind, vorsätzlich vernichtet, bei Seite schafft oder beschädigt, wird mit Gefängniß bestraft.

Ist die Handlung in gewinnsüchtiger Absicht begangen, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 106. Entw. I § 118, II § 131.
MStGO. § 341.

1) Das Verg. aus § 133 richtet sich gegen amtlich aufbewahrte „Gegenstände" (c), d. h. hier, wie in den §§ $243^{1,4}$, 290, 366^9, körperliche, bewegliche Sachen (RG. II 22. Juni 80 E. 2 118), die, was aus der Beifügung des Adjektivs „sonstiger" erhellt, beliebiger Art sein können und an sich keine Ähnlichkeit mit den besonders hervorgehobenen „Urkunden, Registern und Akten" zu haben brauchen; in der Mißachtung des bestehenden amtlichen, mittelbaren oder unmittelbaren, Gewahrsams liegt die vom Gesetze verpönte Auflehnung wider die öffentl. Ordnung, gleichviel welcher objektiven Beschaffenheit der aufbewahrte Gegenstand ist bzw. aus welchem speziellen Grunde die „amtliche Aufbewahrung" (N. 3) stattfindet, sofern sie nur formell zu Recht besteht. So: RG. I 15. Mai 84, IV 19. Mai 96, E. 10 387, 28 379, II 10. Okt. 84 N. 6 613, Berner S. 409, Binding Lb. 2 601, Oppenh.-D. N. 1, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrsams S. 45, 55. AM.: Hälschner 2 839, John HH. 3 382 u. v. Schwarze N. 4, 5, die Gegenstände müßten im „Interesse der Rechtsordnung" bzw. im „öffentl. Interesse" aufbewahrt sein.

a) Wegen „Urkunden" vgl. § 92 N. 4b; ebenso Binding Lb. 2 175 N. 4 u. Merkel HH. 4 444 N. 5; aM.: außer dem dort zit. RG. E. 2 425: RMG. I 27. Aug. 03 E. 6 9 (14), Riedel GS. 38 547, es seien Urk. im weitesten S., nicht im kriminellen S., nämlich

Digitized by Google

„Augenscheins- u. Überführungsgegenstände" unter den Schutz des Gesetzes gestellt, Börne GS. 41 396. In der Praxis des RG. ist die Urkundenqualität i. S. des § 133 bejaht: bezüglich der Bekanntmachung eines Gerichtsvollziehers über einen an einem bestimmten Orte zu bestimmter Zeit abzuhaltenden Versteigerungstermin; zit. N. 6 613; dagegen verneint btr.: eines noch nicht vollzogenen Formulars eines Postbehändigungsscheines; III 21. Apr. 80 N. 1 640; eines noch nicht unterzeichneten Entwurfes eines Protokolles über eine Vollstreckungshdlg.; II 20. Nov. 88 N. 10 679; einer vom Postboten noch nicht beglaubigten Abschrift einer Zustellungsurk.; II 19. Okt. 00 E. 33 413.

b) „Register" können auch dann, wenn sie keine „Urkunden" sind, Objekte des Delikts sein; RG. II 25. Nov. 82 E. 7 252.

c) Die Eigenschaft als eines Teils von „Akten" verneint Stuttgart 21. Jan. 74 St. 4 24 btr. des Entwurfes einer Zustellungsurk., während die zitt. RG. N. 10 679, E. 33 413, die Entwürfe des Protokolls bzw. der Zustellungsurkundenabschrift als einen nach § 133 zu schützenden „Gegenstand" angesehen haben.

2) Gleichgültig ist, ob der Gegenstand überhaupt in jemandes Eigentum oder in wessen Eigentum er sich befindet, so daß z. B. als solcher auch ein dem Täter gehöriges o. ein herrenloses Überführungsstück in einer Untersuchungssache in Betracht kommen kann; Binding Lb. 2 600, Hälschner 2 840, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 8, v. Buri GS. 28 7.

3) Voraussetzung ist Gewahrsam des btr. Gegenstandes auf Grund amtlicher Anordnung (RG. II 13. Feb. 85 E. 12 67), wobei, da § 133 (im Gegensatz zum § 132) von amtlichen Hdlgen schlechthin spricht, eine Einschränkung des Begriffs auf Hdlgen kraft eines Staats- o. öffentlichen Amtes durch den Wortlaut, wie durch den gesetzgeberischen Zweck der Strafnorm ausgeschlossen erscheint; dem Worte „amtlich" kommt somit eine weitere Bedeutung zu, wie sie dem Sprachgebrauche entspricht, den das öffentliche Recht mit dem Worte „Amt" im allg. verbindet, indem ihm die Verwaltung eines Kreises gewisser das öffentl. Interesse angehender Geschäfte unter der Autorität des Staates oder diesem untergeordneter Korporationen unterfällt; so: RG. IV 12. Jan. 97 E. 29 321 (btr. eines dem Boten einer Kirchengemeinde vom Pfarrer übergebenen Presbytorialprotokollbuchs), Berlin 5. Jan. 77 O. 18 13 (insbs. btr. eines einem Stadtverordnetenvorsteher anvertrauten Beschlusses einer Stadtverordnetenversammlung), Berner S. 409, Oppenh.-D. N. 5; aM. Binding Lb. 2 600 N. 1. Vgl. übrigens u. unter b. Ein solcher Gewahrsam kann hergestellt sein, entweder dadurch, daß der Gegenstand „sich an einem dazu bestimmten Orte zur amtlichen Aufbewahrung befindet", oder dadurch, daß er einer Person, „einem Beamten" (§ 359) oder „einem Dritten" „amtlich übergeben ist". Auch im ersteren Falle wird die Aufbewahrung regelmäßig gleichzeitig einer Person anvertraut sein, doch ist solches nicht, wie v. Buri GS. 38 3 annimmt, notwendig, wie z. B. die Briefkasten der Postbehörde beweisen; RG. II 13. Nov. 91 E. 22 204. Das Erfordernis der Bestimmung zu dauernder amtl. Aufbewahrung ist weder aus dem Wortlaute, noch aus dem Zwecke des § 133 zu entnehmen; RG. II 20. Nov. 88 N. 10 679, RMG. I 27. Aug. 03 E. 6 9, Hälschner 2 839 N. 1. Doch ist letzterem zuzugeben, daß ein zum Verbrauch im Amte bestimmtes Utensilienstück, bei dem nur eine vermögensrechtl. Beziehung zum Amt vorliegt, nicht gemeint ist, da bei diesem die Aufbewahrung nicht Zweck ist (N. 1_1); so: RG. I 13. Nov. 93, II 19. Okt. 00, E. 24 385, 33 413, Binding aO. S. 600 f. (es handele sich nicht sowohl um amtl. Besitz, als um amtl. Aufbewahrungsbesitz).

Daß in beiden Fällen der Gegenstand schon zur Zeit der Tat in amtl. Gewahrsam sich befunden haben müsse, kann nicht zweifelhaft sein; Berlin 13. Juni 78 G. 26 437 (btr. der Beiseiteschaffung von Urk. einer kath. Kirchengemeinde, ehe die staatliche Vermögensverwaltung angeordnet war). Es ist aber auch notwendig, daß er zur Zeit der Tat noch in ihr sich befinde, wie für die erste Alternative aus der Wortfassung klar erhellt, für die zweite aber sinngemäß ergänzt werden muß; denn ist die Person durch irgendwelchen Vorgang bereits vorher außer Besitz gesetzt, so unterliegt die Hdlg. einer wesentlich verschiedenen Beurteilung als bei Fortdauer der Aufbewahrung; so: Berlin 23. Apr. 75

Digitized by Google

O. 16 310, Berner S. 409, Binding Lb. 2 602, Hälschner 2 840, H. Meyer S. 660, Frank N. 1 1, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 6, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrs. S. 30 ff.; aM.: RG. III 17. Nov. 80 N. 2 531, II 28. Juni 89, IV 10. Jan. 96, E. 19 319, 28 107, zit. E. 33 413, die amtl. Übergabe wie Aufbewahrung verleihe dem btr. Gegenstande eine Eigenschaft, welche fortdauere bis zu dem Zeitpunkte, wo sie durch Erfüllung der der Sache innewohnenden Zweckbestimmung o. durch eine anderweite amtl. Verfügung beseitigt werde, Geyer 2 147 u. speziell bezüglich der an einem best. Ort zur Aufbewahrung befindlichen Gegenstände John HH. 3 183. Wenn das zit. RG. E. 28 107 angenommen hat, die amtl. Aufbewahrung eines Gegenstandes höre dadurch nicht auf, daß die amtl. Eigenschaft des Beamten, in dessen Aufbewahrung der Gegenstand gekommen, erlösche (z. B. durch Amtsentsetzg.), so wird dem aus dem staatsrechtl. Grunde beizutreten sein, daß die Amtspflicht nicht sofort mit dem Amtsverlust endet; Binding aO. N. 6 u. S. 302. Ob der amtl. Gewahrsam des Gegenstandes noch besteht, ist tatsächlich zu beurteilen; vgl. z. B. RG. zit. E. 22 204, I 10. Nov. 92 E. 23 283 (btr. zur Einstampfung bestimmter Akten).

a) Im ersteren Falle, der auch dann vorliegt, wenn die Überweisung der Urk. zunächst einen anderen Zweck verfolgte, dessen Erreichung aber von selbst zur Folge hat, daß die Urk., wenn auch nur vorübergehend, in eine Lage gelangt, wo tatsächlich ein amtl. Gewahrsam daran stattfindet (RG. III 23. Jan. 97 G. 45 117), braucht der Aufbewahrungsort, der auch eine bewegliche Aufbewahrungsstätte sein kann (so: zit. RG. E. 22 204 btr. der Sammeltaschen der Postboten, Frank N. 1 1, Beling ZStrW. 18 282; aM. Binding Lb. 2 602), nicht durch Gesetz o. Dienstvorschriften bestimmt zu sein, vielmehr kann in Ermangelung solcher durch Zweck und Wesen der aufzubewahrenden Gegenstände die Bestimmung gegeben sein; Berlin 12. Nov. 74 St. 4 295, Oppenh.-D. N. 2a, v. Schwarze N. 7. Auch die Privatwohnung eines Beamten kann Aufbewahrungsort sein; zit. RG. E. 28 107, Binding aO. Ob die Aufbewahrung der Gegenstände eine vorschriftsmäßige ist, erscheint gleichgültig; Berlin 15. Dez. 71 O. 12 656, Oppenh.-D. aO.

b) Im zweiten Falle ist dagegen nicht notwendig, daß der Gegenstand zur Aufbewahrung übergeben sei; so: Stuttgart 22. Dez. 75 (nicht 76) St. 6 218 (einem Lehrer zur Korrektur übergebene Prüfungsarbeiten btr.), Berlin 10. Dez. 73 O. 74 788 (einen dem Exekutor übergebenen Exekutionsbefehl btr.). Jede „amtliche Übergabe" (Abs. 1) genügt, welche einerseits den Gegenstand in die Verfügungsgewalt eines Beamten oder Dritten bringt und andererseits erkennen läßt, daß die Eigenschaft des Gegenstandes als eines der Verfügung öffentl. Organe vorbehaltenen fortzudauern habe; dabei ist zu beachten, daß, da die Begriffe Amt und Beamter sich nicht decken (§ 31 N. 7), weder der Übergebende noch der Empfänger ein Beamter zu sein braucht, wenn die Übergabe nur in dem durch Gesetz u. reglementäre Bestimmungen verordneten Geschäftsgange erfolgt; RG. I 15. Mai 84, IV 12. Jan. 97, III 12. Dez. 01, E. 10 387, 29 321, 35 28, RMG. I 27. Aug. 03 E. 6 9, Geyer 2 148, Hälschner 2 840, Oppenh.-D. N. 5; vgl. aber Binding Lb. 2 603 N. 2, aber auch N. 4. Demgemäß wurde ein Gewahrsam auf Grund amtlicher Übergabe angenommen bei dem Mitgliede einer Dorfgemeinde an einer durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 77 der (jetzt aufgehobenen) PrGeschäftsanweisung v. 24. Juli 1879 in ortsüblicher Weise in Umlauf gesetzten Versteigerungsbekanntmachung (RG. II 13. Feb. 85 E. 12 67), während von dem zit. RG. E. 35 28 verneint wurde, daß die der Ehefrau des Adressaten im Wege der Ersatzzustllg. gemäß ZPO. § 181 übergebene, von ihr aber diesem nicht ausgehändigte, sd. vernichtete Urk. unter dem Schutze des § 133 stehe. Der Ausdruck „amtlich übergeben" ist nicht im Sinne von Aushändigen unter direkter Beteiligung eines Gebers und eines Empfängers zu verstehen, es kommt vielmehr nur darauf an, daß der zur amtl. Behandlung o. Verfügung hingegebene Gegenstand im geordneten Geschäftsgange in die Hand eines zur Empfangnahme verpflichteten Beamten o. eines berechtigten Dritten gelangt; zitt. RG. E. 22 204 (btr. Übergang der in einem Briefkasten befindlichen Briefe auf einen ihn amtlich entleerenden Beamten), RMG. E. 6 9.

4) Die Hdlg. selbst besteht darin, daß der amtlich aufbewahrte Gegenstand „vernichtet, beiseite geschafft" (N. 5) „oder beschädigt" (§ 348$_2$) wird. Daß durch die Hdlg. für

Digitized by Google

einen Dritten ein Schaden entstanden sei, ist nicht notwendig; § 133 schützt eben die öffentl. Ordnung an sich: Berlin 12. Nov. 74 St. 4 295, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrs. S. 59 f. Vgl. übrigens Beling ZStrW. 18 282, die Norm des §. schütze nur „die amtl. Verfügungsmacht" gg. Beeinträchtgg., so daß, wenn diese nicht verletzt werde (z. B. weil sie bei der Post derj. des Absenders nachstehe), die obj. Rechtswidrigkt. entfalle, möge auch das angewandte Mittel rechtswidrig u. dadurch der ordnungsmäßige Geschäftsgang verletzt sein; vgl. hiergegen jedoch Binding Lb. 2 604 N. 6.

Eine „Vernichtung" (§ 125 N. 3b) liegt i. S. dieses §. bei Schriftstücken (Urk., Akten) auch bei gänzlicher Tilgung der Schriftzeichen — des urk. Inhalts — vor, selbst wenn deren Unterlage völlig erhalten geblieben sein sollte; Seeliger aO. S. 60.

Eine „Beschädigung" (§ 303 N. 4) kann zugleich eine Verfälschung i. S. des § 267 enthalten, wie z. B. im Falle von Durchstreichungen, Rasuren, Abänderungen; deshalb wird aber § 133 nicht unanwendbar; RG. II 28. Juni 89 E. 19 319, III 15. Juni 89 E. 37 283.

5) Was speziell das „Beiseiteschaffen" (N. 4) anbetrifft, so handelt es sich hier, wie in den §§ 348_2 (das. N. 15a), 367^1, nur um bewegliche Sachen (N. 1); vgl. dagegen § 137 N. 13a. Dadurch rechtfertigt sich für diese Gesetzesstelle die Annahme, daß der Gegenstand durch örtliche Entfernung (übrigens nicht notwendig aus den amtl. Geschäftsräumen; s. u. Abs. 5) der amtl. Aufbewahrung entzogen sein müsse; RG. I 8. Nov. 80, 28. Feb. 84, 31. Jan. 95, II 4. Dez. 91, E. 2 425, 10 189, 26 413, 22 242 (alle btr. § 348), Binding Lb. 2 604 (der übrigens S. 603 den Ausdruck mit „unterdrücken" in den §§ 274^1, 354, 355 gleichbedeutend erachtet), Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 9; aM.: v. Liszt S. 570 (584 N. 3), „beiseiteschaffen" sei gleich der „Verfügung entziehen"; ohne daß örtliche Fortschaffung erforderlich sei, Seeliger Bruch des amtl. Gewahrs. S. 70. Nur unter dieser Voraussetzung erscheint ein „Unzugänglichmachen" (RG. II 13. Feb. 85 E. 12 67) als Beiseiteschaffung.

Nach den allg. Regeln (T. I Abschn. 3 N. 3) kann das Beiseiteschaffen auch durch eine Unterlassung begangen werden; RG. II 9. Juni 85 E. 12 247.

Im Beiseiteschaffen liegt ferner, daß die Entziehung in einer gegenüber den Berechtigten, hier also den Organen der Staatsverwaltung, bewußt unberechtigten Weise geschehe, die namentl. aus deren heimlicher Vornahme erhellen kann, ohne gerade dadurch bedingt zu sein; so: RG. zit. E. 12 67, II 13. Nov. 91 E. 22 204.

Dagegen liegt im Begriff des Beiseiteschaffens nicht das Moment des Dauernden; es kann vielmehr auch nur vorübergehend stattgefunden haben. So: RG. zitt. E. 2 425, 22 242, Berlin 12. Nov. 74 St. 4 295, Binding Lb. 2 604 N. 9, Geyer 2 147, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 11, John HH. 3 184, v. Buri GS. 28 12, Seeliger aO. S. 67. AM.: Merkel, v. Holtzendorff, HRgutachten S. 66, 99.

Wann hiernach ein „Beiseiteschaffen" eines an einem bestimmten Orte amtlich aufbewahrten Gegenstandes anzunehmen sei, ist wesentlich Tatfrage; so ist nach den konkreten Umständen ein solches für vorliegend erachtet: beim Verbergen von Akten in einem zur Aufbewahrung von Privatsachen dienenden, im Bureau befindlichen, Arbeitstische eines Beamten; Dresden 13. März 76 St. 6 219; bzw. an einem dem Bureauvorsteher nicht zugänglichen Orte im Gerichtslokale selbst; Berlin 21. Nov. 77 St. 8 144.

Beim „Beiseiteschaffen" eines einer Person amtlich übergebenen Gegenstandes wird das Erfordernis der „Entfernung" entweder dadurch erfüllt, daß der Gegenstand der aufbewahrenden Person entzogen wird, was auch durch deren Täuschung geschehen kann, so daß der Täuschende als Täter des gutgläubigen Gewahrsamsinhabers als Werkzeuges sich bedient (zit. RG. E. 12 67, Binding Lb. 2 603), oder dadurch, daß die Person selbst unter Mitnahme des Gegenstandes der Gewalt der berechtigten staatl. Organe sich entzieht; v. Buri aO. S. 3.

6) Das Gesetz enthält hinsichtlich des Subjektes des Verg. keine Beschränkung; es kann daher auch der Beamte oder Dritte, dem der Gegenstand zur Aufbewahrung amtlich übergeben ist, es verüben, welche Annahme um so gerechtfertigter erscheint, als sonst das StGB. eine bedenkliche Lücke enthalten würde; die Wortfassung des §., welche

Digitized by Google

eine allgemeine sein mußte, steht dieser Ansicht nicht entgegen. So: RG. I 8. Nov. 80, II 9. Juni 85, 20. Nov. 88, E. 2 425, 12 247, N. 10 679, RMG. I 27. Aug. 03 E. 6 9 (13), Binding Lb. 2 604, Geyer 2 147, Hälschner 2 840, John HH. 3 184, v. Liszt S. 570, H. Meyer S. 660, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 7, v. Buri GS. 28 10. AM.: Dresden 19. Apr. 75 St. 5 297, v. Holtzendorff HRgutachten S. 107, v. Schwarze N. 3. Zweifelhaft ist Merkel HRgutachten S. 61.

7) Das Verg. ist ein „vorsätzliches", wie hier ausdrücklich hervorgehoben wird, weshalb die „Vorsätzlichkeit" stets der Feststellung bedarf; § 59 N. 22. Der Täter muß demgemäß das Bewußtsein davon haben, daß die Urk. in amtl. Verwahrung sich befinde; RG. I 10. Nov. 92 E. 23 282, Merkel HRgutachten S. 52. Durch die Annahme eines Rechts auf Vernichtung usw. wird selbstverständlich der Vorsatz ausgeschlossen; RG. II 29. Okt. 95 E. 27 401. Ein Irrtum über ein solches Recht ist nach § 59$_1$ beachtlich, da er ein solcher über eine öffentl.-rechtl. o. eine zivilrechtl. Norm ist; so auch das zit. RG. E. 27 401, während das o. N. 3 zit. RG. E. 33 413 zu Unrecht (Binding Lb. 2 604 N. 4) den Irrtum des Täters, er sei zur Verfügung über die Abschrift einer Zustellungsurk. schon vor der Aushändigung berechtigt, als unbeachtlich ansah. Das Bewußtsein der Verletzung der öffentl. Ordnung (N. 4) gehört aber nicht zum Tatbestande; RG. I 10. Nov. 92 E. 23 282, Stuttgart 22. Dez. 75 St. 6 218, Berlin 15. Dez. 71 O. 12 656, Oppenh.-D. N. 10, v. Schwarze N. 10.

Eine besondere Absicht wird nicht erfordert; vgl. jedoch N. 8.

8) Nach Absatz 2 bildet die Begehung der Hdlg. „in gewinnsüchtiger Absicht" einen straferhöhenden Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295. Daß die gewinnsüchtige Absicht auf Erreichung eines materiellen und nicht bloß ideellen Vorteils gerichtet sein müsse, ist unbedenklich, da selbst da, wo das Gesetz des Ausdrucks „seines Vorteils wegen" oder „Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art" (§§ 257—259, 49a N. 15) sich bedient, solches anzunehmen ist. Es ist aber nicht gerechtfertigt, die, auch in den §§ 169, (235), 301, 302 wiederkehrende, gewinnsüchtige Absicht weiter einzuschränken und etwa mit der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, gleichzustellen; denn bei der Redaktion des RStGB. sind zwar häufig die Ausdrücke „in gewinnsüchtiger Absicht" und „in der Absicht, sich oder anderen Gewinn zu verschaffen" des PrStGB. (§§ 241, 246, 247—249, 252, 323) ersetzt durch „in der Absicht, sich (oder einem anderen) einen Vermögensvorteil zu verschaffen" (vgl. §§ 263, 266, 268, 272, 273, 349), solches ist aber gerade im Falle des § 133 nicht geschehen, hier vielmehr der Ausdruck des PrStGB. § 106 beibehalten, obgleich die PrPraxis ihn hier nicht auf Erzielung eines Vermögensgewinnes beschränkte; vgl. Oppenh. PrStGB. § 106 N. 10. Ist jener Ausdruck aber, wie man annehmen muß, bewußterweise beibehalten worden, so kommt ihm auch im § 133 die weitere Bedeutung zu. So: RMG. I 27. Aug. 03 E. 6 9 (Sicherung gg. Entdeckung wg. verübter Unterschl. um nicht zum Ersatz angehalten zu werden), Berlin 9. Feb. 77 St. 7 50, 15. Dez. 76 G. 24 560 (Absicht, den Nachteilen einer Verurteilung wegen einer Straftat sich zu entziehen), Birkmeyer HR. „Gewinnsabs.", H. Meyer S. 660, Schütze S. 286 N. 30, Oppenh.-D. N. 11, Rubo N. 8 (entgegengesetzt jedoch § 180 N. 3), Rüd.-St. N. 11, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrs. S. 88. AM.: Hälschner 2 841 (bzw. S. 428 btr. § 301 „Absicht, sich selbst o. einem anderen einen pekuniären Gewinn zu verschaffen"), John HH. 3 185, Frank N. IV, v. Schwarze S. 427, auch Merkel S. 345 u. HH. 4 456, nach dem Sprachgebrauche sei eine Verschiedenheit nicht nachweisbar, ferner btr. § 169 Reis Personenstdsflschg. S. 91; Binding Lb. 2 605 N. 1 u. v. Liszt S. 570 N. 5 stellen den Ausdruck mit der „auf Verschffg eines rechtswidrigen Vermögenvorteiles gerichteten Absicht" gleich.

Da das Gesetz eine „gewinnsüchtige Absicht" erfordert, so muß der Wille des Täters gerade auf Erlangung eines Gewinnes gerichtet sein, ohne daß der angestrebte Gewinn den Endzweck des Handelns zu bilden braucht; insoweit ist daher Eventualdolus ausgeschlossen (§ 59 N. 6). Darauf, in welcher Weise der Gewinn bei Begehung der Straftat gesucht wird, wird kein Gewicht gelegt, vielmehr genügt es, wenn überhaupt ein Gewinn angestrebt wurde; RG. IV 12. Feb. 92 E. 22 331, das deshalb den straferhöh-

Digitized by Google

Umst. in einem Falle annahm, wo der Täter den Gewinn durch Verwertung beiseite geschaffter Akten als Makulatur, also nicht mit Rücksicht auf ihren Inhalt, erstrebte; ebenso Frank N. IV (mit unrichtigem Zitat); dabei wird freilich wg. dann vorliegender Aneignungsabsicht (Binding Lb. 2 605 N. 5) die Konkurrenz von Diebst. in Frage kommen. Durch die Feststellung, daß der Angeklagte die zeitweise Hinhaltung der Urteilsfällung in einer gegen ihn schwebenden Disziplinaruntersuchung bezweckt habe, ist dagegen die fr. Absicht nicht genügend dargetan; Berlin 11. Jan. 78 G. 26 57.

9) Zu vergleichen ist wegen des „Verhältnisses" des § 133 zum: § 137 das. N. 17a, § 242 das. N. 37a, § 246 das. N. 26b, § 274[1] das. N. 14 Ia, § 303 das. N. 12a, § 348[2] das. N. 17a.

10) Die Strafe des einfachen Verg. ist Gef. von 1 T.—5 J. (§ 16).

Die Hauptstr. des qualifizierten Verg. ist Gef. von 3 Mt.—5 J., während als Nebenstr. nach Abs. 2 i. V. mit § 32 auf VbER. erkannt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67[2] bei beiden Verg. in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 134.

Wer öffentlich angeschlagene Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehle oder Anzeigen von Behörden oder Beamten böswillig abreißt, beschädigt oder verunstaltet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 107. Entw. I § 119, II § 132. StB. S. 465 ff.
MStGO. § 63[1].

1) § 134 bezweckt den Schutz „öffentlich" (vgl. § 110 N. 5 u. Dresden 21. Juni 71 St. I 73) „angeschlagener Bekanntmachungen 2c. von Behörden" (§ 114 N. 1) „oder Beamten" (§ 359). Eine ausgehängte Bekanntmachung ist einer „angeschlagenen" (§ 110 N. 12) gleich zu achten; denn auch bei ihr ist, was hier das Wesentliche, eine derartige Befestigung vorhanden, daß das btr. Schriftstück nicht ohne vorherige Lösung der Verbindung weggenommen werden kann. So: RG. IV 4. Apr. 03 E. 36 183, Dresden 17. März 73 St. 3 5, Binding Lb. 2 740, Hälschner 2 841, Oppenh.-D. N. 3. AM.: München 25. Apr. 73 St. 2 312, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2. Daß der „öffentl. Anschlag" der Bekanntmachg. von der Behörde o. dem Beamten ausgegangen sein muß, während ein privater Anschlag nicht genügt, erscheint selbstverständlich; so Oppenh.-D. N. 2; aM. Binding Lb. 2 739.

Entscheidend ist lediglich, daß eine Bekanntmachung mit amtlichem Inhalte von einer Behörde oder einem Beamten ausging und auch dementsprechend sich darstellte, während der Inhalt der Bekanntmachung im übrigen gleichgültig ist, weshalb auch eine alternative Feststllg. darüber statthaft, ob es sich um eine „Bekanntmachung" o. eine „Verordnung usw." handelt; Binding Lb. 2 739, insbs. N. 1. Die Bekanntmachung einer Behörde als solche wird, ohne Rücksicht auf ihre innere Rechtmäßigkeit u. die Zuständigkeit der Behörde geschützt; ein Antrag, nur die innerhalb der Amtsbefugnisse erlassene Bekanntmachung unter den Schutz des § 134 zu stellen, wurde abgelehnt; so: Binding, Hälschner aO., John HH. 3 188, Schütze S. 286 N. 29, Oppenh.-D. N. 1, 2; aM. H. Meyer S. 842.

2) Die strafb. Hdlg. wird durch „Abreißen, Beschädigen (§ 303) oder Verunstalten" der Bekanntmachungen 2c. (wegen des Pluralis vgl. § 73 N. 7b) verübt, wobei der erstere Ausdruck von jeder, eine Gewaltanwendung oder eine Verletzung des Schriftstücks nicht erfordernden, Aufhebung der durch den Anschlag bewirkten Befestigung behufs Vereitelung des Anschlags zu verstehen ist; so: RG. IV 4. Apr. 03 E. 36 183, Hälschner 2 842; aM.: München 25. Apr. 73 St. 2 312 (der Begriff setze „eine Art Gewaltanwendung" voraus), v. Schwarze N. 2 („Abnehmen" sei nicht „Abreißen").

3) Jene Hdlgen müssen „böswillige" sein. Die den §§ 133, 134, 136 RStGB. entsprechenden §§ 106—108 PrStGB. bezeichneten gleichmäßig die Hdlg. als „vorsätzlich"; dem schloß der Entw. I in den §§ 118—120 sich an. Nachdem aber seitens der Bundesratskom-

Digitized by Google

mission der Inhalt des das Wort „böswillig" enthaltenden § 93[3] PrStGB. als § 135 (d. h. Entw. II § 133) zwischen die §§ 134 und 136 eingeschaltet worden war, wurde übereinstimmend auch im § 134 (Entw. II § 132) das Wort „vorsätzlich" in „böswillig" abgeändert. Dieser Abänderung im Ausdruck wird auch eine sachliche Abänderung entsprechen.

Dem „böswillig" steht als konträres Gegenteil „mutwillig" (§ 366[3]) gegenüber, welche Worte verschiedene Seiten des dolosen Handelns bezeichnen (vgl. MStGB. § 132 „boshafte und mutwillige Verheerung"). Bei bloßem Mutwillen aus überquellender Tatlust nimmt der Täter die Rechtswidrigkeit der Hdlg. in Kauf; so Binding Grundr. S. 115 u. Lb. 2 740 (504), ähnlich Hälschner 2 842, v. Liszt S. 570 (vorsätzl. Handeln ohne Bezweckung des Erfolges), auch Meves § 366[3] N. 5. „Böswillig" („boshaft" im § 360[13]) ist dagegen das aus einer bösen o. schlechten Gesinnung hervorgehende Handeln, wobei der Täter der Rechtswidrigkt. der Hdlg. u. ihrer verderblichen Wirkung sich freut; so Binding aO.; vgl. auch v. Liszt aO.: die auf Herbeiführung des verbotenen Erfolges gerichtete Absicht als Beweggrund der Hdlg.; ähnlich Hälschner aO. u. Frank N. 1.

Hiernach ist die Ausführung des Bundeskommissars Friedberg, der §. habe hauptsächlich solche Personen im Auge, die aus Mutwillen derartige Verfügungen abreißen, nicht zutreffend; Geyer 2 132, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 2. Vielmehr ergibt sich aus dem Gesagten in Anwendung auf den besonderen Tatbestand des § 134, daß das Abreißen und Beschädigen mindestens in der Absicht geschehen sein müsse, die Bekanntmachung der Kenntnisnahme des Publikums vorzuenthalten, das Verunstalten aber in der Absicht, sie in den Augen des Publikums verächtlich zu machen; so: Hälschner aO., John HH. 3 187, Oppenh.-D. N. 4; vgl. ferner Meves HH. 4 305 (btr. § 103a; die vorsätzl. verübte Tat müsse dem Zwecke dienen, das Ansehen u. die Würde des in seinen Autoritätszeichen angegriffenen Staats zu schädigen). Mit Recht bemerkt Binding Lb. 2 741 u. Normen 2 605 N. 906, daß die Verunstaltung, um die Bekanntmachung lächerlich erscheinen zu lassen, an sich auch mutwillig und nicht notwendig böswillig begangen sein könne; aM. John aO.

4) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gef. von 1 T.—6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28[2] (das. N. 6b) für den Fall der Unbeitreiblichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67[2] in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. Schöffen G.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 135.

Wer ein öffentliches Zeichen der Autorität des Reichs oder eines Bundesfürsten oder ein Hoheitszeichen eines Bundesstaats böswillig wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder beschimpfenden Unfug daran verübt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 93 Nr. 3. Entw. I § 98, II § 133.

Entw. d. StGN. Art. 1 § 153. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 965.

MStGO. § 63[1].

1) Der entsprechende § 93[3] PrStGB. verhielt sich nur über „Zeichen der Königlichen Autorität". Weshalb im § 135 den „öffentlichen Zeichen der Autorität" die „Hoheitszeichen" zur Seite gestellt sind, erläutern die Motive nicht, auch die beiden Schriftführer der Bundesratskommission Rubo u. Rüdorff geben darüber keinen Aufschluß. Ersterer stellt nur in N. 3 zu dem nachgebildeten § 103a die Vermutung auf, die Aufnahme beider im Grunde gleichbedeutenden Ausdrücke sei erfolgt, weil das unklare Fremdwort „Autorität" nicht ausreichend genug erschienen sei. Auffällig ist noch, daß im § 135 nur von Hoheitszeichen eines „Bundesstaats" die Rede ist, dagegen von Zeichen der Autorität „des Reichs oder eines Bundesfürsten" gesprochen wird, während der erst durch die StGN. eingeschobene § 103a beide Ausdrücke gleichmäßig auf nicht zum DR. gehörige Staaten bezieht. Hierdurch wird jedenfalls die Annahme ausgeschlossen, daß den Zeichen der persönlichen Autorität des Fürsten die der objektiven Hoheit des Staats gegenüber-

Digitized by Google

gestellt seien. Am richtigsten dürfte es sein, bei „Zeichen der Autorität" an das Verhältnis zu den eigenen Staatsangehörigen, bei „Hoheitszeichen" dagegen an das zu fremden Staaten zu denken, so daß z. B. die Schilder der kgl. Gerichts- oder Steuerbehörden als „Autoritätszeichen", Grenzpfähle aber oder die Wappen an Gesandtschaftshotels oder Konsulaten als „Hoheitszeichen" anzusehen wären; so Meves HH. 4 304; gerade umgekehrt Rubo § 103a N. 3, während Geyer 2 132 wesentlich übereinstimmend als Autoritätszeichen diejenigen ansieht, durch die das Bestehen der Staatsgewalt öffentlich bekundet werden solle (insbs. Grenzpfähle), dagegen als Hoheitszeichen die Zeichen (Symbole) dieser Herrschaft, wie Fahnen, Wappen, Schilder. Keinen Unterschied machen: Binding Lb. 2 503, v. Liszt S. 571, Frank § 103a N. II, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, ebensowenig Hälschner 2 843, die Unterscheidung des Gesetzes beruhe auf dem Unterschied der monarchischen u. republikanischen Staatsform innerhalb des Reiches.

Das Merkmal „öffentlich" kann, weil es allein bezüglich der „Autoritätszeichen" erfordert wird, auf die Örtlichkeit (§ 116 N. 2a) oder allgemeine Sichtbarkeit nicht bezogen werden, vielmehr sind unter „öffentl. Zeichen der Autorität" solche Zeichen zu verstehen, die nach obrigkeitlicher Anordnung bestimmt sind, die „Autorität", d. h. die Regierungsgewalt des Landesherrn (RG. II 10. Mai 98 E. 31 143) kundzutun; so Binding Lb. 2 504, Frank § 103a N. 1; so auch Meves N. 1 u. Oppenh.-D. N. 2, die jedoch abweichend Anbringung in — öffentlich — sichtbarer Weise erfordern; daß das Zeichen „angebracht" sei, verlangt auch Frank, während hiervon richtiger mit Binding abzusehen ist. Daß die mit Wappen der Fürsten versehenen Schilder der Hoflieferanten keine solche Zeichen sind, wird übereinstimmend angenommen.

Bloße Merkzeichen, z. B. Wasserstandszeichen, sind selbst dann keine „Autoritätszeichen", wenn sie staatlich gesetzt sind u. dies etwa auf ihnen gekennzeichnet ist; zit. RG. E. 31 143, Binding Lb. 2 504 N. 1, Frank N., Oppenh.-D. N. 1.

2) Unter Strafe gestellt ist ein kumulativer Mischtatbestand (Wertheimer Mischgesetze S. 29):

a. das „böswillige" (§ 134 N. 3) „Wegnehmen" (d. h. Entfernen ohne Aneignungsabsicht; Binding Lb. 2 504), „Zerstören (§ 125 N. 3c) o. Beschädigen" (§ 303 N. 4) jener Zeichen. Die Anwendung des Begriffs „böswillig" auf den Tatbestand des § 135 ergibt, daß die Hdlgen geschehen sein müssen, um die durch Aufstellung der Zeichen bewirkte Bekundung der Autorität oder Hoheit zu vernichten oder zu beeinträchtigen; so John HH. 3 187, ähnlich Meves N. 3 u. Frank N. III zu § 103a. Damit wird die mehrfach (so auch von Geyer 2 132, Hälschner 2 777, Meves HH. 4 306 u. Schütze S. 286) geforderte Absicht, das Ansehen und die Würde des in seinem Autoritäts- o. Hoheitszeichen angegriffenen Staats zu schädigen, meist zusammenfallen;

b. die „Verübung beschimpfenden Unfugs" an jenen Zeichen; wegen dieser, erst durch die StGN. hinzugefügten, Alternative vgl. § 166 N. 18. Der Handelnde muß das Bewußtsein von dem beschimpfenden Charakter seines Tuns haben; v. Lilienthal HRl. „Unfug".

3) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gef. von 1 T.—2 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 136.

Wer unbefugt ein amtliches Siegel, welches von einer Behörde oder einem Beamten angelegt ist, um Sachen zu verschließen, zu bezeichnen oder in Beschlag zu nehmen, vorsätzlich erbricht, ablöst oder beschädigt oder den durch ein solches Siegel bewirkten amtlichen Verschluß aufhebt, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 108. Entw. I § 120, II § 134.
MStGO. § 63[1].

Digitized by Google

1) § 136 enthält zwei kumulative Mischgesetze; Binding Lb. 2 625, Wertheimer Mischgesetze S. 35.

Die erstere Alternative bezweckt den Schutz „amtlicher Siegel", die „von einer Behörde (§ 114 N. 1) oder einem Beamten (§ 359) angelegt sind, um Sachen zu verschließen, zu bezeichnen oder in Beschlag zu nehmen", welcher letztere Ausdruck i. w. S., die Pfändung mit umfassend, zu verstehen ist; vgl. ZPO. § 808. Unter „Sachen" sind, wie nach dem Inhalt des §. zweiffellos, körperliche Gegenstände u. zwar (wie im § 124; das. N. 1) nicht bloß bewegliche, sondern auch unbewegliche zu verstehen, da häufig genug auch an letzteren zu den bezeichneten Zwecken Siegel angelegt werden.

Gibt das Gesetz selbst schon den mit der Siegelung verfolgten Zweck an, so kann in der Verbindung „amtliches Siegel" durch das Adjektiv lediglich die Eigenschaft des Siegels als eines sog. Amtssiegels bezeichnet werden. Ein Privatsiegel, dessen ein Beamter sich bedient, steht nicht unter dem Schutze der Bestimmung; Binding Lb. 2 626, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 1, Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 225.

Von welcher Masse das Siegel sei, ist gleichgültig, es kann also aus Siegellack, Wachs oder Blei (sog. Plombe) gefertigt sein oder aus einer aufgeklebten Oblate bzw. Marke bestehen; RG. III 22. Dez. 80 E. 3 286 (btr. Siegelmarken), Dresden OLG. 17. Dez. 88 G. 39 166 (btr. Bahnplomben), Binding Lb. 2 626, Geyer 2 148, Hälschner 2 844, v. Liszt S. 571, Oppenh.-D. N. 2. Aber auch behufs Beglaubigung vorgenommene Siegelung eines Schriftstücks, das demnächst angeheftet wird, genügt, so z. B. eine geschäftsordnungsmäßig mit dem Abdruck des Dienststempels versehene „Pfändungsanzeige" gemäß ZPO. § 808; so: RG. I 24. Jan. 89, 18. Okt. 01, E. 18 388, 34 398, IV 22. Jan. 04 G. 51 181, München OberstesLG. 29. Okt. 01 E. 2 117; aM. Binding Lb. 2 627, insbs. N. 1, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 6.

Die verpönten, gleichwertigen u. deshalb eine alternative Feststllg. zulassenden (Wertheimer aO.) Hdlgen sind: „erbrechen", d. h. gewaltsame Entfernung des Siegels, „ablösen", d. h. Entfernung des Siegels unter Schonung seiner, oder „beschädigen" (§ 303 N. 4) des Siegels.

2) Die Strafsanktion des § 136 richtet sich ferner gegen den, welcher „den durch ein Amtssiegel bewirkten amtlichen Verschluß", der somit die notwendige Voraussetzung bildet (Binding Lb. 2 627, Frank N. II) „aufhebt", was, da es im übrigen auf die Zweckmäßigkeit der Anlegung des Siegels nicht ankommt, in verschiedener Weise ohne Erbrechen, Ablösen oder Beschädigen des Siegels selbst denkbar ist, so z. B. durch Benutzung eines Fensters zum Einsteigen in einen Raum, dessen Tür versiegelt worden; so: Berlin 26. (nicht 16.) Nov. 74, 29. März 76, St. 4 285, 6 220, Oppenh.-D. N. 5, Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 227.

3) Subjekt des Verg. kann jeder sein, namentl. also auch ein Beamter, gegen den an sich eine härtere Strafbestimmung nicht in Anwendung kommt.

4) Das am Eingange des §. stehende Wort „unbefugt" bezieht sich grammatisch auf beide Alternativen. Die fraglichen Hdlgen sind unbefugt, wenn dem Täter kein Recht zu ihrer Vornahme zusteht (§ 123 N. 14); Binding Lb. 2 628. Über dessen Vorhandensein entscheiden zunächst die ausdrücklich darüber sich verhaltenden reichs- bzw. landesgesetzlichen Vorschriften; ohne solche wird aber nicht nach Analogie der Bestimmung des § 113 mit der überwiegenden M. (vgl. insbs. Binding Lb. 2 625) angenommen werden dürfen, daß nur die Verletzung eines rechtmäßig (§ 113 N. 13—19) angelegten Siegels verboten sei; vielmehr steht die durch die Siegelanlegung ausgedrückte obrigkeitliche Anordnung als solche unter Schutz; danach ist nur erforderlich, daß der Beamte das Siegel in Ausübung der durch sein Amt begründeten Befugnisse, also in sachlicher und örtlicher Zuständigkeit im allgemeinen, angelegt habe, während gleichgültig ist, ob für die Siegelanlage im konkreten Falle alle gesetzlichen Vorbedingungen, wie z. B. die Urteilszustellung vor Beginn der Zwangsvollstreckung nach ZPO. § 750, gegeben waren; so RG. IV 18. Okt. 01, 13. März 03, E. 34 398, 36 155, 22. Jan. 04 G. 51 181; hiermit stehen nicht in Widerspruch: RG. II 13. Feb. 83, III 27. Apr. 91, E. 8 35, 22 5 (ersteres die Nicht-

Digitized by Google

anwendung des §. billigend, weil der Beamte bei der Siegelanlegung überhaupt nicht mehr in amtl. Eigenschaft gehandelt hatte, während bei letzterem nur in Frage stand, ob behufs poliz. Verhinderung der Fortsetzung eines konzessionspflichtigen, nicht genehmigten Gewerbebetriebs die Anwendung unmittelbaren Zwanges, insbs. die Versiegelung der Gewerbsräume zulässig sei); vgl. auch Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 227.

5) Wenn auch nur bei dem N. 1 charakterisierten Tatbestande das Erfordernis der Vorsätzlichkeit ausdrücklich aufgestellt wird, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß § 136 durchweg ein vorsätzliches Handeln erfordert (E. I Abschn. 4 N. 4); Berlin 29. März 76 St. 6 220, Binding Lb. 2 628, Hälschner 2 844, Oppenh.-D. N. 7.

Da der Vorsatz, mangels einer entgegenstehenden Bestimmung, das Wissen u. Wollen des ganzen Tatbestandes begreift, so ist zur Bestrafung auch erforderlich, daß der Täter seines unbefugten Handelns sich bewußt sei; so: RG. II 11. Dez. 94 E. 26 308 (btr. die irrige Annahme des Täters, die Beschlagnahme bestehe nicht mehr, indem sie ohne Aufhbg. durch besondere obrigkeitl. Anordnung durch die Befriedigung des Gläubigers von selbst außer Kraft gesetzt sei), Hälschner, Oppenh.-D. aO., Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 6 A. 1, auch Frank N. III (der dem zit. RG. E. 26 308 eine zu weit gehende Bedeutung beimißt); aM. John HH. 3 189. Dagegen ist nach dem in N. 4 Ausgeführten das Bewußtsein von der Rechtswirksamkeit der Beschlagnahme o. der Wille, die Sache der Verstrickung zu entziehen, nicht erforderlich; RG. IV 22. Jan. 04 G. 51 181, Frank N. III.

6) Wg. des Verhältnisses zum § 137 vgl. das. N. 17b.

7) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16).
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.
Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 137.

Wer Sachen, welche durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen worden sind, vorsätzlich bei Seite schafft, zerstört oder in anderer Weise der Verstrickung ganz oder theilweise entzieht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 272. Entw. I § 272, II § 135. StB. S. 467.

1) Wie § 136 das amtliche Siegel schützt, durch dessen Anlegung eine Sache beschlagnahmt ist, so § 137 die beschlagnahmte „Sache" selbst gegen den Verstrickungsbruch. Dieser innere Zusammenhang zwischen beiden Bestimmungen, dem jetzt durch ihre Nebeneinanderstellung Ausdruck verliehen ist (während der entsprechende § 272 PrStGB. seine Stellung im Abschn. 25 hatte), legt die Annahme nahe, daß, wie § 136 (das. N. 1) nur auf „körperliche Sachen" sich bezieht, ebenso § 137 nur solche im Auge habe; auch der Sprachgebrauch des StGB., der auch im übrigen fast durchgängig (abweichend § 266[1]; das. N. 3) unter Sachen nur „körperliche Sachen" versteht, stimmt damit überein. Für diese Einschränkung des Begriffs spricht auch die Entstehungsgeschichte der Norm, wonach durch die Strafvorschrift des § 137 äußerlich in die Erscheinung getretene Akte der staatlichen Autorität gg. Eingriffe gesichert werden sollten, während die unkörperliche Natur eines Forderungsrechtes, auch wenn es in das Hypothekenbuch eingetragen ist (s. jedoch N. 8), die Möglichkeit ausschließt, es obrigkeitlich derartig zu verstricken, wie § 137 voraussetzt. So RG. VStS. 8. März 93 E. 24 40, u. früher schon RG. I 8. Dez. 81 E. 5 204, sowie: GStA. zu dem u. zit. Berlin Pl. O. 12 360, Berner S. 412, Binding Lb. 2 609, 613, Geyer 2 148, v. Liszt S. 571, Merkel S. 400, Frank N. I, v. Schwarze N. 3, Wyszomirski G. 36 21, Beling ZStrW. 18 284. AM.: OMA. zu dem zit. RG. VStS., ferner: RG. II 8. Nov. 81, 8. Mai 85, N. 3 691, E. 12 184, Berlin OTr. Pl. 31. März 56 G. 4 334 sowie später zus. neuen Pl. v. 3. Juli 71 O. 12 360, endlich: Hälschner 2 843, John HH. 3 192, H. Meyer S. 660, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 13; vgl. auch Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 199 ff.

Digitized by Google

2) Unter den Begriff der Sache (N. 1) fällt namentl. auch das unbewegliche Vermögen; so: Binding Lb. 2 609, 617, Hälschner 2 847, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 11, Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 211; aM. v. Schwarze N. 2, btr. der Grundstücke, weil sie nicht beiseite geschafft werden könnten (s. jedoch u. N. 13a).

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen findet nach den Vorschriften der ZPO. §§ 864 ff. statt, bzw. soweit sie durch Zwangsversteigerung o. Zwangsverwaltung geschieht nach dem ZwVBG., dessen §§ 20 ff. bzw. § 148 über die Beschlagnahme des Grundstücks u. deren Umfang zu vergleichen sind, während § 90 über den Eigentumserwerb des Erstehers vom Grundstück u. den Gegenständen, auf welche die Versteigerung sich erstreckt hat, sich verhält.

3) „Beschlagnahme" ist an sich der weitere Begriff (§ 136 N. 1) gegenüber der „Pfändung", wodurch diejenige Beschlagnahme bezeichnet wird, durch die ein vermögensrechtl. Anspruch gesichert werden soll.

Eine Sache wird in Beschlag genommen und dadurch „verstrickt", wenn sie durch einen Amtsakt der freien Verfügung der an sich berechtigten Person, deren Verfügungsfähigkeit unberührt bleibt, entzogen und zugleich der behördlichen Verfügungsgewalt unterworfen wird, sei es zum Zwecke der Sicherung von Privatinteressen Dritter, sei es im öffentl. Interesse; RG. III 1. Mai 80 N. 1 705, II 6. Juli 86, IV 19. Juni 88, E. 14 286, 18 71. Demgemäß ist zwar angenommen, daß die Konkurseröffnung eine Beschlagnahme des zur Konkursmasse gehörigen (nicht auch fremden, im Besitze des Gemeinschuldners befindlichen) Vermögens enthalte; RG. zit. E. 14 286, II 19. März 89 E. 19 85; vgl. dagegen jedoch Binding Lb. 2 615. Dagegen ist verneint, daß eine solche liege: in dem Erlasse eines allg. Veräußerungsverbotes nach KO. § 106 an sich (d. h. ohne Hinzutritt weiterer Sicherungsmaßregeln), weil hierdurch nur die Absicht des Gerichts ausgesprochen werde, eine Machtbefugnis über das Vermögen des Gemeinschuldners erst zu erwerben (RG. III 5. Dez. 89 E. 20 244), in dem nach Österr. Zivilprozeßr. erlassenen „Verbot auf fahrende Güter" (RG. IV 17. Feb. 93 E. 24 10).

Während § 288 bloß eine drohende Zwangsvollstreckung erfordert, muß im Falle des § 137 eine vollzogene Beschlagnahme vorliegen; Binding aO. S. 610. Die Vollziehung selbst ist nach den besonderen, für die Vornahme des btr. amtlichen Aktes bestehenden gesetzl. Vorschriften zu beurteilen; zit. RG. E. 18 71 (solche seien bei einer Beschlagnahme von „Überführungsstücken" die §§ 94 ff. der StPO., nach denen zu der Anordnung seitens der verfügenden Behörde noch ein, allerdings an besondere Förmlichkeiten nicht geknüpfter, amtl. Ausführungsakt hinzutreten müsse).

Mit dem Aufhören der Beschlagnahme schwindet die Möglichkeit eines aus § 137 strafb. Deliktes. Auf Grund dessen wurde die Anwendbarkeit des §. verneint beim Verzehren 2c. von Teilen eines Tierkadavers, der seitens der Polizei aus allg. sanitätspolizeil. Gründen (nicht zum Schutze gegen Seuchengefahr) beschlagnahmt und mit Einwilligung des Eigentümers vergraben war, weil anzunehmen, daß die Beschlagnahme ihr Ende erreicht habe, als über die weitere Behandlung des verstrickten Gegenstandes definitiv verfügt worden sei; RG. IV 25. März 87 E. 15 388. Dagegen wurde vom RG. II 4. Mai 86 E. 14 112 die Beschlagnahme als fortdauernd angenommen hinsichtlich der nach BZG. § 137 beschlagnahmten Sachen auch trotz des Eigentumsüberganges auf den Staat gemäß § 156 das., solange als die Behörde die Sache in ihrer Verfügungsgewalt behalte.

4) Die Beschlagnahme muß durch die „zuständigen Behörden" (§ 114 N. 1) oder „Beamten" (§ 359) erfolgt sein. Es kommen also Beschlagnahmen, die von einer Privatperson, wenn auch gültigerweise, ausgegangen sind, nicht in Betracht (vgl. jedoch § 289); Berlin 2. Okt. 78 O. 19 444, Frank N. II 1, v. Schwarze N. 4b. Ungenügend ist deshalb auch die auf Beschlagnahme gehende Erklärung eines Konkursverwalters (§ 359 N. 13 aE.); RG. II 19. März 89 E. 19 85. Aber auch auf solche Pfändungen bezieht § 137 sich nicht, die zwar von einem Beamten, jedoch lediglich in Vertretung eines fiskalischen Interesses, also in Ausübung eines Privatpfändungsrechtes, vorgenommen werden; Hälschner 2 847, John HH. 3 181, Oppenh.-D. N. 2.

Digitized by Google

Unter den von Behörden oder Beamten in dieſer ihrer Eigenſchaft ausgehenden Beſchlagnahmen unterſcheidet das Geſetz aber nicht weiter, ſo daß deren Zweck gleichgültig iſt; ſo: Hälſchner aO., v. Schwarze N. 4b A. 1; aM. John HH. 3 190f.; vgl. auch N. 6IIa.

5) Die Beſchlagnahme muß ferner durch die „zuſtändigen Behörden oder Beamten" erfolgt ſein. Das Erfordernis der Zuſtändigkeit der Behörde ſchließt einerſeits die Annahme aus, daß jede amtliche Beſchlagnahme geſchützt werde, bedingt aber andererſeits nicht die Rechtmäßigkeit der Beſchlagnahme i. S. der Ausführungen zu § 113 N. 13 bis 19; RG. II 13. Juni 84, IV 16. Apr. 89, E. 10 425, 19 164, Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsſchutz S. 207. Entſprechend dem § 110 (daſ. N. 20) wird auch hier dafür zu erachten ſein, daß außer der örtlichen nur die allgemeine (abſtrakte) ſachliche Zuſtändigkeit verlangt werde; ſo: RG. zit. E. 10 425, I 3. Jan. 84, IV 14. Dez. 94, 19. Mai 96, E. 9 403, 26 287, 28 379, Frank N. II 2, während die GM. weitergehend konkrete Zuſtändigkeit erfordert; vgl. Binding Lb. 2 618 N. 4, Hälſchner 2 847, John HH. 3 194, Oppenh.-D. N. 15, Rubo N. 1, v. Schwarze N. 4 ſowie u. N. 6IIb.

Immer aber muß durch die behördliche oder amtliche Tätigkeit eine wirkſame Beſchlagnahme zuſtande gekommen („Sachen, welche ... in Beſchlag genommen worden ſind"), folglich müſſen alle Vorſchriften, von denen die rechtliche Wirkſamkeit einer Beſchlagnahme abhängt, beobachtet worden ſein; ſo: Binding Lb. 2 619, v. Liszt S. 571, Oppenh.-D. N. 18, Lenz aO., und namentl. das zit. RG. E. 9 403 (§ 137 ſetze, außer der allg. Zuſtändigkeit, die Erfüllung der notwendigen geſetzl. Vorausſetzungen u. derj. Förmlichkeiten, deren Nichtbeobachtung der Hdlg. den Charakter der Pfändung entziehe, voraus), ebenſo IV 25. Mai 86 E. 14 151 (aM. OAG. N. 8 391, die Nichtwirkſamkeit komme nur zivilrechtl. in Betracht), zit. E. 10 425 (von einer zur Verhängung einer Beſchlagnahme in abstracto zuſtändigen Behörde könne daher nur die Rede ſein, wenn die Maßregel an ſich geſetzlich zuläſſig ſei, u. es könne daher die Frage der Zuſtändigkeit überhaupt nicht entſtehen bezügl. einer Maßregel, die geſetzlich an ſich unſtatthaft ſei u. deshalb von keiner Behörde vorgenommen werden dürfe). Dagegen iſt es gleichgültig, ob eine Förmlichkeit unterlaſſen wurde, deren Unterlaſſung der Handlung den Charakter der Pfändung nicht entzieht, aber eine Anfechtung rechtfertigen kann, oder ob die Pfändung Dritten gegenüber ein Pfandrecht nicht gewährt, insbſ. weil die gepfändeten Sachen dem Schuldner nicht gehören; ſo zit. RG. E. 9 403 ſowie Binding aO.

6) Ob die Behörde oder der Beamte zur Beſchlagnahme zuſtändig war (N. 5), iſt nach Maßgabe der einſchlägigen Reichs- u. Landesgeſetze zu beurteilen; vgl. z. B. RG. III 31. Jan. 87 E. 15 323 (btr. das Zwangsvollſtreckungsrecht Oldenburg. Verwaltungsbehörden, insbſ. angeſichts des EGZPO. § 4), IV 4. Juli 90, 12. Feb. 92, 14. Dez. 94, E. 21 46, 22 364, 26 287 (btr. die Zuſtdgkt.: PrGrenzzollbeamten u. Gendarmen f. d. Beſchlagnahme von Gegenſtänden, welche einem Einfuhrverbote zuwider aus dem Ausl. nach Preußen eingeführt worden, insbſ. angeſichts EGStPO. § 6^3 i. V. mit PrG. v. 23. Jan. 1838, bzw. einer PrPolizeibehörde zur Beſchlagnahme eines von einem beſtellten Hundefänger eingefangenen Hundes, bzw. PrVollziehungsbeamten im Verwaltungszwangsverfahren; vgl. jetzt PrV. v. 15. Nov. 1899). Von reichsrechtlichen Vorſchriften kommen namentl. in Betracht: StPO. §§ 98 (94), 100, 325, 332, 480 (vgl. § 93 N. 5), ZPO. §§ 750, 753, 790, 828, 928, 930—932, 936, ZwVVG. § 1, KO. § 118, RAO. §§ 66, 72 (RG. II 13. Juni 84 N. 6 426, in einer ehrengerichtl. Unterſuchung gegen einen Rechtsanwalt ſeien Beſchlagnahmen zuläſſig), PreßG. §§ 23 ff., auch NahrungsmittelG. § 4_2 (RG. II 23. Okt. 83 E. 9 121, in Preußen ſeien Polizeibeamte befugt, ein im Marktverkehr angetroffenes Nahrungsmittel, das geſundheitsgefährlich erſcheine, behufs Unterſuchung in Beſchlag zu nehmen).

Dsgl. entſcheiden die zutreffenden Reichs- u. Landesgeſetze darüber, von welchen Bedingungen die rechtliche Wirkſamkeit einer Beſchlagnahme abhängt (N. 2_3). Über die wichtige Frage, wann die einmal hergeſtellte Verſtrickung endige, vgl. Mothes Beſchlagnahme S. 53 f. (insbſ. btr. StPO. § 98_2 ſowie andererſeits § 100_2 daſ. u. PreßG. § 24_4).

Im einzelnen hat RG. noch folgende Grundſätze ausgeſprochen btr. Beſchlagnahme

I. ſeitens Gerichtsvollzieher: II 17. Feb. 88 N. 10 158, da für die Beauftragung

Digitized by Google

des Gerichtsvollziehers zur Zwangsvollstreckung neben der Übergabe der vollstreckb. Ausf. keine Form vorgeschrieben sei, so könne der Auftrag des Gläubigers auch durch eine Mittelsperson an den Gerichtsvollzieher gelangen, wobei es eines schriftl. Ausweises für letztere nicht bedürfe (ZPO. §§ 754 f.);

II. seitens Polizeibeamter:

a. II 9. Dez. 81, R. 3 786, die von der Polizeibehörde zur Sicherung des Eigentümers bei einem des Diebst. Verdächtigen angehaltenen Gegenstände seien trotz des erlassenen Gebots, jeder Disposition sich zu enthalten, nicht beschlagnahmt (s. jedoch N. 4_2);

b. II 13. Apr. 83 R. 5 244, die von einem Amtsvorsteher als Hilfsbeamten der StAschaft btr. eines in seinem Bezirke verübten Diebst. verfügte Beschlagnahme von Gegenständen, die in einem benachbarten Bezirke sich befänden, sei erst nach Ausführung seitens des sachlich u. örtlich zuständigen Beamten von rechtl. Wirkung (s. jedoch N. 5_1);

c. IV 9. Jan. 85 R. 7 25, ein Beamter, der die Pflicht habe, diejenigen Präventivmaßregeln vorzunehmen, die die Erhaltung der öffentl. Ruhe, Sicherheit u. Ordnung oder die Abwendung einer dem Publikum oder einzelnen Personen bevorstehenden Gefahr bezweckten, sei in Ausübung dieser polizeil. Funktion zur Anordnung u. Vornahme von Beschlagnahmen unbedingt zuständig, dagegen ein solcher Beamter, der zugleich die Pflicht habe, im strafrechtl. Interesse tätig zu sein, in Ausübung einer strafprozessual. Funktion nur, falls er zum Hilfsbeamten der StAschaft bestellt sei (StPO. § 98).

7) Die Anwendung obiger Grundsätze (N. 5, 6) auf den praktischsten Fall, die Pfändung beweglicher körperlicher Sachen behufs Zwangsvollstreckung im Zivilprozeßverfahren ergibt folgendes Resultat:

Die allgemeine Zuständigkeit zur Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners, des Gläubigers o. eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindlichen körperl. Sachen wohnt dem nach den Landesgesetzen örtlich berufenen Gerichtsvollzieher bei (ZPO. §§ 808 f., GVG. § 155).

Die Pfändung selbst muß — was der Feststllg. gemäß StPO. § 266_1 bedarf (RG. I 16. Feb. 03 E. 36 135) — rechtswirksam vorgenommen sein, d. h. es darf bei ihrer Vornahme an den notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen nicht gefehlt haben, weshalb insbs. die als wesentlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sein müssen; RG. I 3. Jan. 84, III 17. Okt. 87, IV 25. Mai 86, I 27. Mai 89, IV 1. Nov. 99, E. 9 403, 16 273, 14 151, 19 287, 32 316. In dieser Beziehung bestimmt der maßgebende § 808 ZPO. (dem gegenüber die im Verwaltungswege erlassenen Geschäftsanweisungen f. d. Gerichtsvollzieher zurücktreten; RG. I 23. März 03 E. 36 165), daß die Pfändung durch Besitznahme seitens des Gerichtsvollziehers bewirkt wird, und zwar ist die Wirksamkeit der Pfändung, falls die Sachen — was außer bei „Geld, Kostbarkeiten und Wertpapieren" geschehen muß, sofern nicht dadurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird — im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist; diese Vorschrift ist in der Praxis des RG. namentl. für anwendbar erklärt: auf den Fall der Pfändung von Früchten auf dem Halme (I 11. Okt. 85 R. 5 587), bzw. von lebendem Vieh (I 25. Okt. 88 E. 18 163), derart, daß, falls die Erkennbarmachung nicht zu erreichen ist, die Entfernung der Viehstücke aus dem Gewahrsam des Schuldners eintreten muß (zit. IV E. 32 316), ferner wenn nach einer durch Besitznahme und Abführung rechtswirksamen Pfändung das Pfand demnächst mit Zustimmung des Gerichtsvollziehers in den Gewahrsam des Schuldners zurückgebracht wird, was alsdann eine Ersichtlichmachung der Pfändung erfordert (zit. E. 16 273), während andererseits III 12. Okt. 85 R. 7 572 (aM. ORA., s. bedenklich auch Frank N. II_2) den § 712_2 aF. ZPO. (nF. § 808_2) nicht für anwendbar erachtete auf den Fall, wenn der Gerichtsvollzieher nach einer zivilrechtl. wirksamen Besitzergreifung die Sachen nicht im Gewahrsam des Schuldners beläßt, mag er auch zeitweise sich entfernen, um Personen zur Fortschaffung der Pfandstücke herbeizuholen. Durch bloßes Aussprechen der Pfändung, selbst in Gegenwart der Interessenten und angesichts der zu pfändenden Sachen, bzw. durch Untersagung der Wegschaffung o. der Disposition

Digitized by Google

wird eine Pfändung der Sachen nicht bewirkt und kann folgeweise einem solchem Akte gegenüber auch § 137 nicht zur Anwendung kommen. So: RG. III 28. Sept. 81, II 21. Apr. 82, E. 5 35, 6 227, IV 22. Juni 86 N. 8 479, auch I 16. Nov. 82 E. 7 292 (soweit dieses nicht, wie RG. IV 2. Juni 93 E. 24 203 ausführt, für nicht mehr haltbar zu erachten ist). Eine genügende Besitzergreifung hat RG. III 30 Apr. 85 N. 7 264 gefunden in dem Herantreten des Gerichtsvollziehers an das zu pfändende Vieh mit der Erklärung, es sei gepfändet, was von dem zit. RG. N. 8 479 gebilligt wird, weil außer der Kundgebung des Besitzergreifungswillens solche Umstände als vorhanden angenommen seien, die nach der konkreten Sachlage den Übergang phys. Verfügungsgewalt auf den Beamten bewirkten; vgl. jedoch Frank N. II 2. Die Bestimmungen des § 808 ZPO. finden nach § 809 entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, die im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten sich befinden; gelangt aber der Gerichtsvollzieher nach pflichtmäßiger Prüfung (vgl. das § 113 N. 19h zit. RG. E. 19 69) zu dem Ergebnis, der Schuldner selbst, nicht ein Dritter befinde sich im Gewahrsam der Sache, so steht die vollzogene Pfändung der letzteren unter dem Schutze des § 137; RG. II 6. Feb. 94 E. 25 108. Ähnliches gilt, wenn die Pfändung nach § 803, ZPO. zu unterbleiben hat, sowie bezüglich eines Pfändungsaktes in Sachen, die nach ZPO. § 811 der Pfändung nicht unterworfen sind; das pflichtmäßige Ermessen des Gerichtsvollziehers, soweit solches Platz zu greifen hat, ist auch hier für die strafrechtliche Wirksamkeit der Pfändung von entscheidender Bedeutung.

Andere Momente, von denen die formelle Gültigkeit einer Pfändung körperlicher beweglicher Sachen durch einen Gerichtsvollzieher abhängt, stellt die ZPO. nicht auf, insbs. kann nicht dafür erachtet werden, daß die durch §§ 762 f. vorgeschriebene Aufnahme und ev. Mitteilung des Protokolls „über jede Vollstreckungshandlung" sowie die durch § 808, speziell vorgeschriebene Benachrichtgg. des Schuldners von der geschehenen Pfändung die Wirksamkeit der Pfändung selbst bedinge; RG. II 13. Nov. 88 N. 10 648.

Ebensowenig, wie die wirksam geschehene Pfändung nachträglich dadurch unwirksam wird, daß die Benachrichtigung des Schuldners in der vorgeschriebenen Form unterbleibt (zit. RG. N. 10 648), ebensowenig geht durch den ohne Zustimmung des Pfandgläubigers erfolgten Fortfall der Pfandzeichen an den gepfändeten, im Gewahrsam des Schuldners belassenen Sachen das Pfändungspfandrecht verloren; doch ist dies nicht aus der ZPO. abzuleiten, sondern aus dem für maßgebend zu erachtenden BGB. (§ 1253); Binding Lb. 2 611 N. 1.

8) Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein steht dem Gläubiger zu und das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein, was gleichmäßig für Urkunden über andere Rechte gilt, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbs. für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe; BGB. § 952. Die Anschauung aber, daß der Schuldschein Zubehör der Forderung sei, ist dem BGB. fremd, da der Begriff des Zubehörs nach diesem eine „Hauptsache", d. h. einen körperlichen Gegenstand, voraussetzt; das. §§ 97, 90. Es kann daher nicht angenommen werden, daß durch die Pfändung einer Geldforderung, über die eine Urkunde besteht, letztere selbst mit beschlagnahmt sei (ZPO. § 829), ebensowenig wie durch eine Überweisung der Forderung, obgleich der Schuldner zur Herausgabe der darüber vorhandenen Urkunden verpflichtet ist (ZPO. § 836). Die Pfändung einer durch Hypothek gesicherten Forderung erfordert sogar außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des vorhandenen Hypothekenbriefes an den Gläubiger bzw. Gerichtsvollzieher; ZPO. § 830. Wird aber die über eine Forderung rc. lautende Urk. beschlagnahmt, so kann sie als körperliche Sache auch nach den Grundsätzen des N. 1 zit. Beschl. des RG. StS. E. 24 40 der Verstrickung in strafb. Weise entzogen werden; RG. II 28. Apr. 92 E. 24 161, Dresden OLG. 13. Dez. 00 SächsA. 22 101 (insbs. für den Fall, daß der Gerichtsvollzieher irrtümlich angenommen hatte, ein Schuldschein als solcher sei ohne weiteres pfändbar).

Zubehörstücke von Grundstücken (BGB. §§ 97 f.) können, insofern sie selbst bewegliche Sachen sind, gemäß § 808 ZPO. gepfändet werden, wenn auch die Hypotheken-

Digitized by Google

bzw. Grund- u. Rentenschuld-Gläubiger (BGB. §§ 1120, 1192, 1200) gemäß § 805 ZPO. ein Widerspruchsrecht haben; RG. I 26. Okt. 96 E. 29 123. Erfolgt nach Maßgabe des ZwVVG. die Beschlagnahme eines Grundstücks nebst Zubehör, so rechtfertigt ein an dem Grundstück bestehendes Pachtverhältnis dennoch nicht die, eine Entziehung aus der Verstrickung enthaltende, Wegschaffung von Zubehörstücken; RG. II 8. Jan. 01 G. 48 113.

9) Die strafb. Hdlg. selbst besteht darin, daß die beschlagnahmte Sache „der Verstrickung entzogen" wird, d. h. daß die durch die Pfändung o. Beschlagnahme begründete Verfügungsgewalt der Behörde über die Sache, sei es dauernd, oder auch nur zeitweise, aufgehoben wird; RG. II 18. Jan. 81, III 12. Apr. 83, II 27. Jan. 88, E. 3 255, 8 256, 17 90 (letzteres btr. § 235 — vgl. das. N. 2 — vollständiger N. 10 74), IV 14. Jan. 87 E. 15 205. Welche Mittel dazu angewendet werden, ist für den Tatbestand gleichgültig; es kann deshalb namentl. auch durch Täuschung in der Art geschehen, daß der Gerichtsvollzieher veranlaßt wird, eine andere — minderwertige — Sache als die von ihm gepfändete zu versteigern, was die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) mit Betrug (§ 263) ergibt; zit. RG. E. 15 205, Binding Lb. 2 620 N. 2. Nicht erforderlich ist, daß das aus der Pfändung rc. erwachsene Recht seine rechtliche Existenz verliert; es genügt vielmehr ein tatsächlicher Zustand, der die Geltendmachung des Rechtes hindert; ob ihr schon früher Hindernisse entgegenstanden, ist gleichgültig; zit. RG. E. 17 90. Begehung der Tat unter Benutzung der Tätigkeit eines Gehilfen als sog. dolosen Werkzeuges (§ 47 N. 17_3) ist denkbar (RG. IV 18. März 98 E. 31 80), nicht dagegen eine solche durch bloße Unterlassung (RG. I 27. Mai 89 E. 19 287), auch nicht im Falle eines nachträglichen bösen Glaubens (Dresden 4. Juni 77 St. 7 268; vgl. N. 12); wohl aber kann die Straftat nach den allg. Grundsätzen über Verübung von Kommissivdelikten (E. I Abschn. 3 N. 3) auch durch Unterlassg. begangen werden; RG. II 9. Dez. 92 G. 40 334.

Wann eine Entziehung anzunehmen sei, unterliegt teils rechtlicher, teils tatsächlicher Beurteilung. Aus einem Rechtsgrunde kann in dem bloßen Verkaufe einer körperlichen Sache, ohne Übergabe, eine Entziehung nicht gefunden werden; München ObersteLG. 5. Feb. 03 E. 3 192 (vgl. wg. einer ähnlich liegenden Frage § 288 N. 10_3). Tatsächlich ist eine Entziehung, abgesehen von dem Falle der Täuschung (Abs. 1), angenommen beim Ableugnen des Vorhandenseins der Pfandsache gegenüber dem Beamten, sowie bei solcher Zerkleinerung beschlagnahmten Holzes, daß dadurch dem Beamten die Wiedererkennung unmöglich wurde (Berlin 20. Dez. 76, 28. Mai 79, O. 17 833, 20 285), verneint dagegen bei bloßer Beschädigg. eines Pfandstücks (RG. III 12. Okt. 85 N. 7 572). Besonders häufig taucht die Frage auf bei Fortschaffung der Sache von dem Orte, wo die Beschlagnahme stattgefunden hatte; bejaht wurde die Entziehung nach den konkreten Umständen von: RG. II 12. Feb., I 27. Mai 89, E. 18 410, 19 287 (Mitnahme bei Verlegung des Wohnsitzes an einen neuen Wohnort, bzw. Verbringen an einen entfernten Ort, wo die Verstrickung nicht mehr erkennbar war); wesentlich entscheidend für die Anwendung des Strafgesetzes ist hierbei freilich das subjektive Moment; Binding Lb. 2 620 N. 4.

10) Das Entziehen kann „ganz oder teilweise" geschehen. Wegen praktischer Fälle, in denen eine teilweise Entziehung angenommen worden ist, vgl. RG. IV 14. Jan. 84 E. 15 205 u. Berlin 3. Mai 77 O. 18 319.

11) Vollendet ist die Entziehung, sobald die durch die Beschlagnahme begründete Verfügungsgewalt der Behörde über die Sache, sei es dauernd oder nur zeitweise, aufgehoben ist; RG. II 18. Jan. 81 E. 3 255, Binding Lb. 2 620, Geyer 2 149, Hälschner 2 848, v. Liszt S. 571.

Eine Aneignung der Sache durch den Täter ist nicht erforderlich; v. Liszt aO. Es ist überhaupt gleichgültig, ob durch die Entziehung dem Täter ein Vorteil oder einem Dritten ein Nachteil erwuchs; denn es wird die durch den Arrestbruch begangene Verletzung der öffentl. Ordnung an sich — der Eingriff in die behördliche und amtliche Verfügungsgewalt — bestraft, also ev. selbst dann, wenn der Gläubiger schon befriedigt ist (s. jedoch N. 15); RG. II 16. März 83, 6. Juli 86, E. 8 117, 14 286.

Digitized by Google

12) Hat die Entziehung aus der Verstrickung durch den Verstrickungsbruch (Mothes Beschlagnahme S. 21) einmal stattgefunden, so kann, da der Arrestbruch zwar kein Dauer-, wohl aber ein sog. Zustandsdelikt ist (§ 73 N. 5c), die Sache nur dann wieder zu einem geeigneten Objekt des Delikts werden, wenn die Verfügungsgewalt der Behörde aufs neue begründet wurde, was jedoch nicht notwendig eine neue Beschlagnahme bedingt; so: Binding Lb. 2 611, Frank N. III$_2$, Oppenh.-D. N. 24, während meist (vgl. RG. I 27. Mai 89 E. 19 287, Berlin 19. Sept. 78 O. 19 423) letzteres erfordert wird. Zutreffend hat hiernach das zit. RG. verneint, daß durch Verfügung über eine Sache, die durch die Tat eines anderen der Verstrickung bereits entzogen war, seitens des unbeteiligten Erwerbers Verstrickungsbruch begangen werden könne, selbst wenn er inzwischen von dem Sachverhalt Kenntnis erhielt (vgl. N. 9$_1$); Binding Lb. 2 620 N. 7.

13) Als besondere Arten der Entziehung aus der Verstrickung werden bezeichnet:

a) „Beiseiteschaffen"; vgl. § 133 N. 5. Da dieses hier lediglich als eine Art oder „Form" des Entziehens aus der Verstrickung in Frage kommt (RG. II 22. Juni 80 E. 2 118), so wird man diese Alternative richtiger auf „Grundstücke im ganzen" nicht beziehen während ein teilweises Beiseiteschaffen bei Grundstücken z. B. durch Fortschaffen einzelner losgelöster Bestandteile oder beweglicher Zubehörstücke denkbar ist; vgl. Berlin 28. Apr. 76 St. 6 221. Im übrigen sind wegen dieser Alternative zu vergleichen: RG. II 16. März 83 E. 8 117 (Beiseiteschaffung einer beim Mieter gepfändeten Illate seitens des Vermieters durch Überführung in seinen Besitz), 23. März 88 N. 10 264 (die Veränderung des Aufbewahrungsortes enthalte nicht ohne weiteres eine Beiseiteschaffung der beschlagnahmten Sache).

b) „Zerstören"; vgl. § 125 N. 3c sowie: RG. III 12. Okt. 85 N. 7 572 (Verneinung des Tatbestandes beim Vorliegen bloßer Beschädigungen), Dresden 12. März 77 St. 7 267 (Zerst. gepfändeter Kartoffeln durch deren Verfütterung an eine gleichfalls gepfändete Ziege), München ObersteszG. 5. Feb. 03 E. 3 192 (Zerst. eines Waldes, nicht bloß des stehenden Holzes, durch sog. Kahlhieb). Insbs. kann auch die Zerstörung „ganz oder teilweise" (N. 10) geschehen; Binding Lb. 2 620 N. 6, Oppenh.-D. N. 34.

14) Subjekt des Verg. kann ausweislich des Wörtchens „Wer" an sich ein jeder sein, namentl. auch ein Dritter, gegen den die Beschlagnahme nicht verfügt oder an den die Verfügung nicht gerichtet war (Berlin OTr. 19. Juli, 20. Dez. 71, OAG. 9. Nov. 72, Dresden 2. Sept. 72, 21. Aug. 74, St. 1 148, 117, 2 88, 87, 5 40, Hälschner 2 848, Frank N. v, Lenz, Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 209); deshalb auch der, dem rechtlich eine Verfügung über die beschlagnahmte Sache nicht zusteht, falls er nur tatsächlich in der Lage ist, diese der Verstrickung zu entziehen; gleichgültig ist dabei, ob die beschlagnahmte Sache in dem Gewahrsam des Täters sich befindet oder nicht; Jena 25. Jan. 72, Dresden 21. Aug. 74, St. 1 273, 5 39, Hälschner aO., Oppenh.-D. N. 6; vgl. auch RG. I 10. Nov. 81 N. 3 702. Demgemäß kann auch ein Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Beschlagnahme stattgefunden hat, oder ein Dritter, der mit ihm im Einverständnis sich befindet, Täter sein (RG. III 1. Mai 80 N. 1 705, Hälschner aO.), bsgl. ein Gerichtsvollzieher, der eine von einem anderen Gerichtsvollzieher gepfändete Sache aus dessen Besitz entfernt, um sie in einer anderen Rechtssache zu pfänden; RG. III 12. Apr. 83 E. 8 256.

Wer aber weder rechtlich noch tatsächlich eine Verfügung über eine Sache hat, kann diese der Verstrickung nicht entziehen, ja eine ihm bezüglich solcher Sache zugestellte Beschlagnahmeverfügung ist von vornherein wirkungslos; RG. II 18. Nov. 79 N. 1 81.

15) Da das die Handlung ausdrücklich als „vorsätzliche" bezeichnende und deshalb eine besondere Feststellung der Vorsätzlichkeit erheischende (§§ 59 N. 22) Gesetz von dem Vorsatze keinen Teil des Tatbestandes ausnimmt, so muß jener alle Tatbestandsmerkmale umfassen; es sind die allg. Grundsätze über Dolus maßgebend und ist deshalb namentl. Eventualdolus ausreichend; RG. II 13. Juni 84 E. 10 425, RMG. I 23. Apr. 04 E. 5 67. Der Täter muß also zunächst sich bewußt sein, daß überhaupt eine rechtswirksame Beschlagnahme (N. 7$_3$) der btr. Sache, z. B. der Zubehörstücke eines Grundstücks, stattgefunden hat; RG. II 16. Apr. 80, 25. Jan. 81, E. 1 368, N. 2 755, IV 25. Mai 86, I 27. Mai 89, E. 14 151, 19 287; ferner aber, daß die Beschlagnahme noch fortdauere; II 11. Dez. 94

Digitized by Google

E. 26 308 (es sei deshalb die Annahme, die Pfändung sei durch die Befriedigg. des Gläubigers von selbst erloschen, beachtlich). Der Täter muß aber auch das Bewußtsein von der Zuständigkeit der Behörde haben; so: zit. RG. E. 10 425 (vgl. auch II 16. März 88 E. 8 117), Binding Lb. 2 621, Geyer 2 149, v. Schwarze N. 10; aM. Berlin 26. Juni 73 St. 3 100. Der Täter muß ferner die Sache der Verstrickung, wenn auch nur zeitweise, entziehen wollen; doch braucht der Endzweck seines Handelns nicht darauf gerichtet zu sein, weshalb das Bewußtsein genügt, daß die Entziehung deren Erfolg sein werde; RG. II 12. Feb. 89 E. 18 410.

Woher der Täter seine Kenntnis von der Verstrickung einer Sache durch einen zuständigen Beamten genommen, ist gleichgültig, namentl. ist nicht notwendig, daß er solche durch eine amtliche Bekanntmachung erhalten habe, sondern jede erlangte Kunde genügt. So die GM.

Nach obigem schließt die Überzeugung, daß die Pfändung nicht durch eine zuständige Behörde oder nicht in rechtsverbindlicher Weise bewirkt sei, den Dolus aus. Von dieser Überzeugung unterscheidet sich aber die etwaige Ansicht des Täters, daß er eine durch zuständige Behörden formell gültig bewirkte Beschlagnahme nicht zu beachten brauche, weil ihre materielle Grundlage eine ungerechtfertigte sei, also z. B. die vom Gegner erstrittene vollstreckbare Forderung in Wahrheit nicht bestehe bzw. schon getilgt sei, oder der Pfandgegenstand nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehöre, oder der mit Ausführung der Beschlagnahme beauftragte Beamte seinen Auftrag überschritten habe (vgl. zit. RG. E. 19 287 — gegen diese jedoch, als mit dem zit. E. 10 425 unvereinbar, Frank N. IV u. ZStrW. 12 298 sowie Kohlrausch Irrtum S. 122 ff. — Berlin 14. Juni 72, 5. März 73, 16. Juni 74, St. 2 43, 232, 4 25, München ObersteLG. 15. Feb. 04 E. 4 233), oder weil die materielle Grundlage durch Einverständnis des Gläubigers weggefallen sei (RG. III 1. Mai 80 N. 1 705). Eine solche Ansicht würde nur dann zur Freisprechung führen können, wenn sie das — bei jeder vorsätzlichen strafb. Hdlg. (§ 59 N. 30) — vorausgesetzte Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Handelns aufgehoben hätte. So Binding Lb. 2 621 u. Normen 2 501 N. 724; vgl. auch Berlin 19. März 74, 5. Feb. 79, O. 1b 163, 20 71. AM.: RG. I 11. März 80, II 11. Dez. 94, E. 1 272, 26 308, (vgl. auch zit. N. 1 705), sowie Berlin 6. April 76, 4. Juli 77, O. 17 268, 18 498, Geyer 2 149.

Die Absicht, sich selbst einen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen, gehört nicht zum Dolus (Berlin 4. Apr. 72, 26. März 79, O. 13 228, 20 160, Binding Lb. 2 622, Geyer 2 149, Hälschner 2 848), noch weniger die Absicht der rechtswidrigen Zueignung; RG. I 11. Okt. 80 E. 2 318, v. Liszt S. 571. Vgl. in beiden Beziehungen N. 11_3.

16) Wegen Beihilfe vgl. § 49 N. 4a, sowie das o. N. 11 zit. RG. E. 3 255, dem Binding Lb. 2 620 N. 7 zu Unrecht entgegentritt. Zu beachten ist aber, daß Beih. auch noch nach der juristischen Vollendung des Verstrickungsbruchs (N. 11) geleistet werden kann, wenn das durch „zeitweise" (N. 9) bzw. „teilweise" (N. 10) Entziehung bereits vollendete Verg. in der Weise sich fortsetzt, daß die „gänzliche" bzw. „dauernde" Entziehung angestrebt wird.

17a) Mit § 138 ist Idealkonk. (§ 73) denkbar; so: RG. II 13. Juni 84 N. 6 426 (Gesetzeskonk. sei ausgeschlossen), Frank N. VI, Oppenh.-D. § 133 N. 12; aM. Binding Lb. 2 606, 623, § 137 sei lex specialis gegenüber § 133, wenn der Bruch des Gewahrsams zugleich den der Beschlagnahme bedeute. Für den Fall, daß § 137 deshalb unanwendbar, weil die gesetzliche Statthaftigkeit der Beschlagnahme wg. fehlender Zuständigkeit nicht vorlag, verneint RG. IV 19. Mai 96 E. 28 379 die subsidiäre Anwendbarkeit des § 133, die zu einem Widersinne führen würde.

b) Dagegen ist im Verhältnis zum § 136 Gesetzeskonk. anzunehmen; wer die gepfändete Sache selbst der Verstrickung entzieht, vergreift sich damit notwendig auch an dem durch das Siegel gewährten Schutz (N. 1), selbst wenn er dieses unbeschädigt lassen sollte; so Binding Lb. 2 629; aM. Frank N. VI (es sei Idealkonk. möglich).

c) Zu vgl. ist wg. des Verhältnisses zum: § 242 das. N. 37b, § 263 o. N. 9_1, § 288 das. N. 18, § 289 N. 7.

Digitized by Google

18) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16).
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.
Zuständig ist Strafk. bzw. Schöffen G.; GVG. §§ 73[1], 75[2].

§. 138.

Wer als Zeuge, Geschworener oder Schöffe berufen, eine unwahre Thatsache als Entschuldigung vorschützt, wird mit Gefängniß bis zu zwei Monaten bestraft.

Dasselbe gilt von einem Sachverständigen, welcher zum Erscheinen gesetzlich verpflichtet ist.

Die auf das Nichterscheinen gesetzten Ordnungsstrafen werden durch vorstehende Strafbestimmung nicht ausgeschlossen.

PrStGB. § 109. Entw. I § 121, II § 136. StB. S. 467.
Vgl. MStGO. § 69[1].

1) Der Tatbestand des § 138 setzt die „Entschuldigung" eines berufenen Zeugen, Geschworenen oder Schöffen voraus. Wer eine Entschuldigung vorbringt, erkennt seine Verpflichtung und das dieser entsprechende Recht zur Berufung an, während derjenige, der seine Verpflichtung bestreitet, eine Weigerung vorbringt. Demnach sind Entschuldigung und Weigerung Gegensätze und § 138 findet folglich auf Fälle der Weigerung eines Zeugen rc. keine Anwendung. So: Hälschner 2 853, John HH. 3 196, Frank N. 1. AM.: Binding Lb. 2 550 N. 2, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 2.

2) Strafbar ist das „Vorschützen einer unwahren Tatsache" als Entschuldigung. Unwahr ist eine Tatsache, wenn sie entweder ihrem ganzen Umfange nach oder in einzelnen Teilen der Wirklichkeit nicht entspricht. Im vorliegenden Falle ist das mit „erdichtet oder entstellt" (§ 131 N. 3) gleichbedeutend, da in dem Begriffe des Vorschützens das Wissentliche der Handlung liegt. So die GM.

Ob dem Täter eine wahre Tatsache zur Seite steht, deren Vorbringen ihn entschuldigt haben würde, ist gleichgültig; Oppenh.-D. N. 6.

3) Die Vorschrift des § 138 lautet allgemein, ist also an sich nicht auf das reichsgesetzlich geregelte Straf- u. Zivilprozeßverfahren beschränkt, findet vielmehr beispielsweise auch Anwendung für die nach EGStPO. §§ 3, 6 landesgesetzlich geregelten Arten des Strafverfahrens, für ehrengerichtliches oder Disziplinarverfahren in seinen verschiedenartigen Gestaltungen, für das Verfahren vor den nach GVG. § 14 zugelassenen besonderen Gerichten, für das Verwaltungsgerichtsverfahren, endlich auch für das nach den Verfassungen der Bundesstaaten zulässige parlamentarische Verfahren zur Untersuchung von Tatsachen (vgl. PrVerf. v. 31. Jan. 1850 Art. 82); Hälschner 2 854, Oppenh.-D. N. 1.

In jeder der bezeichneten Verfahrungsarten kann die „Berufung" von Zeugen und Sachverständigen erfolgen, während Geschworene und Schöffen nach dem durchgehenden Sprachgebrauche nur im Strafverfahren berufen werden. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (insbs. im Zivilprozeßverfahren bei den Kammern für Handelssachen, ferner im Verfahren vor den Gemeinde-, Gewerbe- u. Kaufmannsgerichten) an der Rechtsprechung beteiligte Laien können unter keinen jener Ausdrücke subsumiert werden. Eine Ausdehnung der Vorschrift des § 138 auf diese Personen oder etwa auf die Vertrauensmänner des GVG. § 40 ist unzulässig. Wo es an einem Recht zur „Berufung" fehlt, wie z. B. im Strafverfahren den Polizeibehörden kein Zeugniszwang zusteht, sofern nicht das Landesrecht eine entsprechende Befugnis gewährt (§ 113 N. 19f), ist § 138 nicht anwendbar.

4) Im einzelnen gilt btr. der Zeugen u. Sachverständigen folgendes:

a) Während die Zeugenpflicht an sich eine allgemeine ist, liegt es in der Natur der Sache, daß es eine ganz allgemeine Verpflichtung, einer Berufung als Sachverständiger Folge zu leisten, nicht geben kann. Mit Rücksicht darauf ist die Fassung des Abs. 2 des §. gewählt, die auch dem jetzt geltenden Vorschriften der ZPO. § 407, StPO. § 75 u. MStGO. § 211 entspricht. Abgesehen von dem hierdurch begründeten Unterschied enthalten die ZPO., StPO. u. MStGO. über die Pflichten und Rechte der berufenen, d. h. ordnungs-

Digitized by Google

mäßig geladenen (ZPO. § 380, StPO. § 50, MStGO. § 186), Zeugen und Sachverständigen gemeinschaftliche Bestimmungen; ZPO. § 402, StPO. § 72, MStGO. § 208. Danach haben diese unter gewissen Voraussetzungen das Recht, ihr Zeugnis bzw. Gutachten entweder ganz oder wenigstens teilweise hinsichtlich der Beantwortung gewisser Fragen zu verweigern (ZPO. §§ 383 f., 408, StPO. §§ 51 f., 54, 76, MStGO. §§ 187 f., 190, 212); hiervon verschieden kennt auch die StPO. § 57, sowie MStGO. § 200, noch das besondere Recht, die Beeidigung des abgelegten Zeugnisses zu verweigern. Wird eine solche Weigerung durch Vorschützen einer unwahren Tatsache begründet, so greift dennoch § 138 nicht Platz (N. 1). Angesichts der geltenden prozessualen Vorschriften über das Verfahren bei vorliegender Weigerung ist auch die Anwendung jener Strafvorschrift nicht erforderlich; vgl. ZPO. § 387, StPO. § 55, MStGO. § 191. Nach den beiden letzteren würde der Zeuge ev. eines Meineides (StPO.) o. einer falschen Versicherung an Eides Statt (MStGO.) sich schuldig machen.

b) Abgesehen von den besonderen Vorschriften der ZPO. §§ 375, 382, StPO. §§ 49, 71 u. MStGO. §§ 206 f. (btr. Vernehmung des Landesherrn, der Mitglieder landesherrlicher Familien 2c. sowie hoher Reichs- und Staatsbeamter) gibt es dagegen kein Recht, sein Erscheinen vor Gericht zu verweigern, selbst nicht für zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigte Personen, es sei denn, daß diese im Zivilprozeßverfahren nach ZPO. § 386, ihre Weigerung schriftlich o. zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt haben; denn der Richter hat nicht nur das Recht bzw. die Pflicht, den Weigerungsgrund festzustellen, sondern er wird auch für befugt zu erachten sein, die Person wegen Geltendmachung der Weigerung persönlich zu befragen; so Oppenh.-D. N. 7 btr. d. Sachverständigen; vgl. auch Löwe StPO. § 50 N. 4. Für ein Nichterscheinen, ein verspätetes Erscheinen (Rubo N. 3) oder ein vorzeitiges Sichentfernen (John HH. 3 197 „ein Erscheinen, um nicht zu erscheinen") gibt es daher, von jenen Ausnahmefällen abgesehen, keine Weigerungs-, sondern nur Entschuldigungsgründe. Hier liegt also das Gebiet der Anwendung des § 138. Die Entschuldigung kann *vorher* durch ein schriftliches oder mündliches Dispensationsgesuch oder *nachträglich*, insbs. behufs Aufhebung einer erkannten Ordnungsstr., erfolgen (ZPO. § 381, StPO. § 50, MStGO. § 186); so: RG. I 21. Feb. 89, IV 19. Jan. 97, E. 18 442, 29 315, München OberstesLG. 31. Dez. 91, 23. Juli 98, BayerE. NF. 6 700, 10 87, Berlin KG. 13. Jan. 96 G. 43 411, Binding Lb. 2 550, Hälschner 2 853, Merkel S. 409, H. Meyer S. 665, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 5; aM. einerseits Berner S. 414, eine *nachträgliche* Entschuldigung falle weder nach dem Zwecke des Gesetzes (weil sie den Gang der Rechtspflege nicht mehr beeinträchtigen könne) noch nach den Motiven unter § 138, andererseits John HH. 3 197, Voraussetzung sei immer, daß eine Pflichtverletzung stattgefunden habe; es könne nicht behauptet werden, daß ein infolge eines abgeschlagenen Gesuches erschienener Zeuge durch eine unwahre Tatsache sich *entschuldigt* habe (N. 6).

5) Hinsichtlich der *Geschworenen und Schöffen* gilt folgendes:

a) „*Berufen*" ist ein Geschworener erst durch eine nach GVG. § 93 erfolgte Ladung zur Eröffnungssitzung des Schwurgerichts, ein Schöffe durch eine nach § 46 das. erfolgte Benachrichtigung über seine Auslosung und die Sitzungstage. Das Vorschützen unwahrer Tatsachen, wodurch die Aufnahme in die Urliste oder Jahresliste der Schöffen und Geschworenen bzw. in die Spruchliste der letzteren verhindert werden soll, fällt daher nicht unter § 138; so: Binding Lb. 2 550, Hälschner 2 854, Oppenh.-D. N. 2, Ullmann S. 131 N. 3; aM. v. Schwarze N. 3.

b) *Gemeinschaftlich* gelten für Schöffen u. Geschworene die Vorschriften über Unfähigkeit zum Amte eines Schöffen oder Geschworenen sowie über das Recht, die Dienstleistung zu verweigern bzw. die Berufung abzulehnen; GVG. §§ 32—35, 85. Das Ablehnungsrecht ist aber nach § 53 das. an eine bestimmte Frist gebunden, und auch das Recht des Geschworenen, die Dienstleistung zu verweigern, ist durch StPO. § 279 insofern zeitlich beschränkt, als dafür zu erachten, daß es nach Beginn der Hauptverhdlg. nicht mehr geltend gemacht werden kann. Soweit hiernach seitens eines berufenen Schöffen o. Geschworenen ein Recht geltend gemacht wird, dem Amte sich zu entziehen, ist § 138 ausgeschlossen (N. 1), während seine Anwendbarkeit da eintritt, wo ein Schöffe nach GVG. § 54 „wegen ein-

Digitized by Google

getretener Hinderungsgründe" um Entbindung von der Dienstleistung an einem bestimmten Sitzungstage nachsucht, oder wo sonst ein Schöffe oder Geschworener von seiner Verpflichtung sich zu befreien sucht. Bei Berufung einer unfähigen Person zum Schöffen- o. Geschworenenamte entfällt die Anwendung des § 138, weil es um die Hinterziehung einer bestehenden Dienstpflicht (nicht um ein bloßes Polizeidelikt) sich handelt; so: Binding Lb. 2 551, v. Schwarze N. 1; aM. Oetker G. 49 233 N. 107.

6) Das Gesetz bestraft, ohne Rücksicht auf den Erfolg des Vorschützens, d. h. also auch dann, wenn ein vorher gestelltes, auf wissentliche Unwahrheiten gestütztes Gesuch abgelehnt und der Täter dadurch genötigt wird, zu erscheinen bzw. zu verbleiben. Diese Auslegung findet in den Motiven ihre ausdrückliche Bestätigung, indem sie ausführen, daß die Erfolglosigkeit des Gesuchs nur ein Grund für mildere Strafzumessung sei. So: Geyer 2 154, Hälschner 2 853 N. 2, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 4. AM. John HH. 3 197 (o. N. 4b aE.).

7) Nach Abs. 3 werden „durch vorstehende Strafbestimmung" — d. h. die des Abs. 1 (N. 9) — die auf das Nichterscheinen gesetzten Ordnungsstrafen (vgl. StPO. §§ 50, 77; MStGO. §§ 186, 213; ZPO. §§ 380, 409 gg. Zeugen u. Sachverständige, GVG. §§ 56, 96 gg. Schöffen und Geschworene) nicht ausgeschlossen. Über die gleichzeitige Anwendung der Strafen aus § 138 und der Ordnungsstrafen gegen dieselbe Person wegen eines durch vorgeschützte Unwahrheit entschuldigten Nichterscheinens verhält § 138, sich nicht. Beide Strafbestimmungen sind unabhängig voneinander zur Anwendung zu bringen, indem die Vorschriften der §§ 73 ff. nicht Platz greifen können, da die prozessualen Ordnungsstrafen überhaupt nicht unter die im StGB. aufgestellten Regeln über die Kriminalstrafen fallen (§ 111 N. 3); v. Liszt S. 603, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 5.

8) Wegen Idealkonk. mit § 263 vgl. das. N. 56b.

9) Die Strafe ist, nach Abs. 1 u. 2, Gefängnis von 1 T.—2 Mt. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in drei Jahren.

Zuständig ist Schöffen G.; GVG. § 27 2.

§. 139.

Wer von dem Vorhaben eines Hochverraths, Landesverraths, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntniß erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, ist, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, mit Gefängniß zu bestrafen.

PrStGB. § 39. Entw. I § 45, II § 137. StB. S. 467.

Vgl. Sprengstoff G. § 13.

1) Der § 139 enthält eine Strafandrohung gegen die Verletzung des Gebots (§ 1 N. 3b), unter gewissen Voraussetzungen von dem Vorhaben bestimmter Verbrechen (N. 11, insbs. Abs. 3) betreffenden Orts Anzeige zu erstatten. Im einzelnen kommen folgende Verbrechen, bezüglich deren als untereinander gleichwertig alternative Feststllg. für zulässig zu erachten ist (aM. Wertheimer Mischgesetze S. 35), in Betracht:

a) „Hochverrat" aus §§ 80—82; die §§ 83—86 betreffen nur „hochverräterische Handlungen", nicht aber den Hochverrat selbst; vgl. § 80 N. 1. So: Binding Lb. 2 678, Hälschner 2 858, John HH. 3 200, Frank N. 1, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 7, Wolff G. 27 314, Heß Anzeigepfl. S. 13. AM.: Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 1. In den Fällen der §§ 83, 84 u. 86 handelt es sich zwar auch um das Vorhaben eines Hochverrats, allein bleibt es beim Tatbestande eines dieser §§., so ist nicht das Verbr. des Hochverrats begangen worden u. liegt deshalb die erforderliche Bedingung der Strafbarkeit (N. 11) nicht vor; das verkennen Binding u. Hälschner aO.

Digitized by Google

b) „Landesverrat" aus §§ 87—92; vgl. § 87 N. 1.

c) „Münzverbrechen" (nicht auch Münzvergehen) aus §§ 146, 147, 149.

d) „Mord" aus § 211.

e) „Raub" aus §§ 249—251; die räuberische Erpressung aus § 255 rechnet nicht hierher, denn sie ist kein Raub, sondern diesem nur in der Bestrafung gleichgestellt; so: Binding Lb. 2 678, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 7, Wolff aO., Olshausen Vorbem. S. 156, Heß aO. S. 15. Das gleiche würde von dem Verbr. aus § 252 gelten, wenn es nicht schon seinem Tatbestande nach außer Betracht bleiben müßte.

f) „Menschenraub" aus § 234.

g) Die „gemeingefährlichen Verbrechen" (nicht auch Vergehen) aus Abschn. 27.

Außerhalb des StGB. bedrohen übrigens MStGB. §§ 60, 70, 104, SprengstoffG. § 13 sowie G. gg. d. Verrat milit. Geh. v. 3. Juli 93 § 9 die Verletzung weiterer Gebote btr. die Anzeige bevorstehender bzw. sogar bereits verübter Verbr. mit Strafe.

Landesgesetze, die (abgesehen von der amtlichen Anzeigepflicht) die Pflicht zur Anzeige von strafb. Hdlgen weiter ausdehnen, sind unzulässig; Binding Lb. 2 676, Hälschner 2 855 N. 3, Wolff G. 27 315, Heß Anzeigepflicht S. 12. Dagegen können sie eine Anzeigepflicht btr. bevorstehender Unfallsereignisse aufstellen u. die Unterlassung mit Strafe bedrohen; Kohler G. 49 1.

2) Der Anzeigepflichtige muß von dem „Vorhaben" eines der in N. 1 bezeichneten Verbr. Kenntnis erhalten haben. Jemand „hat ein Verbr. vor" (§ 82 N. 1_3), solange er damit umgeht, ein solches zu verüben, mag auch der Vorsatz noch ein innerlicher geblieben sein oder durch Vorbereitungs- bzw. Versuchshdlgen sich betätigt haben, von denen die ersteren zwar der Regel nach straflos, aber doch ausnahmsweise beim Hochverrat aus §§ 83, 84, 86 strafbar sind (§ 83 N. 2). Selbst nach Erfüllung des Tatbestandes eines vollendeten Verbr. kann noch von einem Vorhaben dessen gesprochen werden, sobald die Fortsetzung der verbrecherischen Tätigkeit durch eine und dieselbe Hdlg. (§ 73 N. 6) beabsichtigt wird. So im wesentlichen: Hälschner 2 857, H. Meyer S. 663, Oppenh.-D. N. 4, Frank N. II, Rubo N. 1, Rüb.-St. N. 2, v. Schwarze N. 8, Wolff G. 27 310, Bünger ZStrW. 6 353 und namentl. RG. I 7. Juni 86 E. 14 214 (bei Dauerverbr. während der ganzen Fortdauer; deshalb auch bei den gemeingefährl. Verbr., denn obschon diese zur Vollendung die Verwirklichung der herbeigeführten Gefahr nicht verlangten, so dauerten sie doch so lange fort, als der bei ihnen durch die Hdlg. veranlaßte Zustand der Gefahr bestehen bleibe). AM. John HH. 3 198, Schütze S. 102, 287 N. 34 u. Heß Anzeigepfl. S. 16, die Anzeigepfl. höre auf, sobald eine strafb. Tat (insbs. Versuch) vorliege, wovon Schütze nur für den Fall der Vorbereitung eines Hochverrats, Heß aber mehrere Ausnahmen macht.

Unzulässig ist es dagegen, von dem Vorhaben eines Verbr. seitens dessen zu sprechen, der solches nicht selbst begehen, sondern nur andere dazu anstiften o. ihnen Beihilfe leisten will; so: Binding Lb. 2 678, v. Schwarze N. 8; aM. Heß aO. S. 21. Deshalb greift § 139 nicht Platz, wenn lediglich eine nach § 85 strafb. Aufforderung zum Hochverrat aus § 82 oder eine aus § 111 strafb. Aufforderung zu einem der anderen Verbr. zur Kenntnis gekommen ist; denn alsdann erhellt noch nicht, daß irgend jemand eines der in Rede stehenden Verbr. vorhabe.

Das Vorhaben eines Unzurechnungsfähigen ist nicht das eines Verbrechens, wird folglich durch das Anzeigegebot nicht betroffen, wie es auch an der erforderlichen Bedingung der Strafbarkeit (N. 11) fehlen würde; so: Binding Lb. 2 678, v. Liszt S. 603, Kohler G. 49 1; aM. Heß aO. S. 20, 41.

3) Der Anzeigepflichtige muß von dem Vorhaben eines der mehrfach gedachten Verbr. „glaubhafte Kenntnis" erhalten haben. Der Begriff „Kenntnis" (§ 59 N. 6) wird hier durch das Adjektivum „glaubhaft" näher bestimmt. Dieses kann nur auf die Person des Täters bezogen werden; glaubt er nach dem ihm über ein verbrecherisches Vorhaben in irgendeiner Weise Zugegangenen an die Wirklichkeit u. Ernstlichkeit des Vorhabens, so hat er davon „glaubhafte Kenntnis" erhalten, anderenfalls nicht; es würde widersinnig sein, anzunehmen, der Gesetzgeber habe jemanden bei Strafe zur Anzeige ver-

Digitized by Google

pflichten wollen, wenn der Betreffende selbst den ihm zugegangenen Gerüchten keinen Glauben schenkte. So: RG. II 13. Nov. 94 G. 42 394, Binding Lb. 2 675 u. Normen 2 592 N. 872, Geyer 2 154, Hälschner 2 856, John HH. 3 199, v. Liszt S. 603, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St.N. 6, v. Schwarze N. 11, Wolff G. 27 303, Heß Anzeigepfl. S. 27. AM.: H. Meyer S. 663, Schütze S. 287 N. 34, Frank N. VII 2, Rubo N. 9.

Wird das Wort „glaubhaft" so im subjektiven und nicht im objektiven S. verstanden, so ist der von John HH. 3 199 und Wolff aO. S. 309 unterstellte Fall unmöglich, daß nämlich der Angeklagte selbst die ihm gewordene Kunde für glaubhaft gehalten, sie aber dennoch für eine glaubwürdige nicht zu erachten sei; denn die demnächstige Verübung des Verbr. o. eines Verbrechensversuches, die nach N. 11 die Voraussetzung des für die Strafbarkeit aus § 139 bildet, bestätigt die Richtigkeit der Auffassung des Angeklagten; vgl. jedoch Heß aO. N. 2.

4) Der Täter muß die glaubhafte Kenntnis erhalten haben „zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist". Ob dies der Fall gewesen, ist nur nach den vorliegenden Umständen zu beurteilen; es handelt sich hier um ein objektives Erfordernis und die subjektive Auffassung des Täters kann nicht maßgebend sein; Binding Lb. 2 679, John HH. 3 200, Heß Anzeigepfl. S. 28; vgl. jedoch N. 12.

5a) Wer, nach Maßgabe der Ausführungen in den N. 2—4, die glaubhafte Kenntnis von dem Vorhaben eines der btr. Verbr. erhalten hat, ist verpflichtet „Anzeige" zu erstatten, wenn auch nicht unter Nennung seines Namens (Binding Lb. 2 675) und wegen „Unterlassung" der rechtzeitigen (N. 10) Anzeige, unter einer weiteren Voraussetzung (N. 11), strafbar. Daß es hier um eine Gebotsverletzung (N. 1) und sonach um ein echtes Unterlassungsdelikt sich handelt, ist der GM. nicht zweifelhaft; vgl. jedoch die eigentümliche Auffassung von Landsberg Kommissivdel. S. 199. Übrigens bildet § 139 nicht den einzigen Fall eines Omissivvergehens im StGB., wie v. Schwarze S. 40 annimmt; vgl. vielmehr § 1 N. 3b. Auch dieses Omissivdelikt kann, wie alle anderen, durch eine Handlung verübt werden; Schwalbach GS. 31 613, Hrehorowicz Grundbegriffe S. 308. Die Anzeigepflicht besteht so lange, bis das Verbr. o. ein strafb. Versuch begangen ist; es liegt somit ein Dauerdelikt vor (§ 73 N. 5c).

b) Die Anzeigepflicht besteht nur gegenüber den vom DR. erlassenen Anzeigegeboten (aM. Binding Lb. 2 676), bezüglich dieser aber auch, falls es um Begehung eines der bezeichneten Verbrechen im Auslande sich handelt, wobei freilich zu beachten, daß unter „Hochverrat" i. S. des § 139 (N. 1a) nicht die im § 102 mit Strafe bedrohten „feindlichen Handlgen g. befreundete Staaten" verstanden werden können, während allerdings das Gebot Platz greift beim Vorhaben des Mordes einer im Ausl. weilenden Person, also namentl. auch eines Souveräns. Insoweit ist nach § 3 auch ein im Inl. weilender Ausländer anzeigepflichtig (Binding aO. N. 2). Ein im Ausl. weilender Deutscher kann unter der Voraussetzung des § 4, insbs. Abs. 2 Nr. 3, verfolgt werden, aber nicht etwa, wie Binding aO. annimmt, nach § 139 wg. Zuwiderhdlg. gg. ein analoges Anzeigegebot seines Aufenthaltsortes; deswegen ist er nur nach dessen Strafgesetzen verantwortlich.

6) Subjekt der Anzeigepflicht ist nach dem Eingangswörtchen „Wer" an sich ein jeder; handelt es sich um das Vorhaben eines derj. Vbr., die nach § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 auch bei Begehung im Ausl. strafbar sind, so macht sich doch der im Ausl. sich aufhaltende Deutsche bei Nichtanzeige solcher nur unter der Voraussetzung der Nr. 3 das. strafbar, was insbs. auch btr. des Vorhabens von Münzverbr. gilt; aM. Binding Lb. 2 313.

a) Im übrigen ergeben sich zwei Ausnahmen, wenn sie auch nicht ausdrücklich ausgesprochen sind:

α) Die an dem verbrech. Vorhaben als Täter, Anstifter o. Gehilfen selbst Beteiligten (T. I Abschn. 3 N. 7) sind nicht anzeigepflichtig (vgl. jedoch MStGB. §§ 61, 105); es spricht nicht nur der Wortlaut dagegen, weil man von jenen nicht würde sagen können, daß sie von dem Vorhaben „glaubhafte Kenntnis" erhalten hätten (N. 3), sondern auch der von Binding Hb. 1 359 u. Lb. 2 676 hervorgehobene innere Grund, daß die die Anzeige gebietende Norm offenbar dem btr. Verletzungsverbote selbst subsidiär ist (§ 73

Digitized by Google

N. 13 b 1); ähnlich Kohler Studien 1 118. So die GM., insbſ. RG. III 25. Sept. 80 E. 3 1; vgl. auch Binding Lb. 2 676 f. „Begünſtiger" (§§ 257 ff.) u. Hehler (§ 259) ſtehen dem „Teilnehmer" nicht gleich (ſo die GM.), wer aber durch vorher zugeſagte Nichtanzeige die Begehung erleichtert, iſt Gehilfe u. nur als ſolcher ſtrafbar; Binding Lb. 2 676.

β) Auch „die durch das Verbr. bedrohte Perſon" hat keine Verpflichtung zur Anzeige, da es genügt, wenn dieſer Perſon die Anzeige gemacht wird (N. 9); Binding Lb. 2 677, Hälſchner 2 856, v. Schwarze N. 5, Rüd.-St. N. 3, Wolff G. 27 312, Heß aO. S. 30.

b) Weitere als dieſe in der Natur der Sache liegenden Ausnahmen dürfen aber nicht gemacht werden; (vgl. § 299 N. 9). Namentl. ſind die nach StPO. §§ 51 f., MSt GO. §§ 187 f. zur Verweigerung des Zeugniſſes berechtigten Perſonen, insbſ. die im § 51 bzw. § 187 daſ. benannten nahen Angehörigen, nicht von der Anzeigepflicht befreit. Soweit es um ein Vorhaben ſich handelt, das noch in keiner Weiſe in einer ſtrafb. Hdlg. ſich geäußert hat (N. 2), würde die Ausnahme von der Anzeigepfl. durch nichts ſich rechtfertigen laſſen. Iſt aber das Vorhaben bereits in ſtrafb. Weiſe betätigt, ſo tritt allerdings zwiſchen der Pflicht zur Anzeige hinſichtlich des verbrecheriſchen Vorhabens und zwiſchen dem Gedanken, welcher der Befreiung von der Zeugnispflicht zugrunde liegt, eine Kolliſion ein, weil jene Anzeige leicht zur Entdeckung einer bereits begangenen ſtrafbaren Handlung führen wird. Formell beſteht jedoch dieſe Kolliſion nicht; denn jene Pflicht und dieſes Recht liegen auf verſchiedenen Gebieten. Materiell tritt hinzu, daß wegen des fortbeſtehenden Rechts zur Zeugnisverweigerung immerhin noch zweifelhaft iſt, ob jene Entdeckung der Straftat auch die Beſtrafung des Täters veranlaßt, um ſo mehr, als die Angehörigen nach § 257, in der Lage ſind, dem Täter ſtraflos Beiſtand zu leiſten, um ihn der Beſtrafung zu entziehen. Ihre Beſtätigung findet dieſe Anſicht in der Entſtehungsgeſchichte. Dem § 139 hat der im weſentlichen gleichlautende § 39 Pr.StGB. unverkennbar zum Vorbilde gedient; auch dieſer enthielt aber keine Ausnahme der nahen Verwandten, obgleich die früheren Entwürfe bis 1845 dieſe in Anlehnung an Code pénal art. 137 ausgenommen hatten, welche Rückſicht bei der Reviſion von 1845 wegen der eingetretenen engeren Begrenzung des § 39 fallen gelaſſen wurde; vgl. Goltd. Mat. 1 289, 293, 344 u. G. 2 654. So: RG. III 15. Mai 80 E. 2 57, Berner S. 414, Binding Lb. 2 677, Geyer 2 154, Hälſchner 2 857, v. Liszt S. 604, Merkel S. 401, Frank N. VI 2, Wolff G. 27 315, ſowie auch btr. der Beichtväter: H. Meyer S. 663, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 2—4, Heß Anzeigepfl. S. 31 ff. AM. Oppenh.-D. N. 10.

7) Auch ſachliche Umſtände rechtfertigen keine weiteren Ausnahmen; denn es iſt ein rein polizeilicher Geſichtspunkt, aus dem die Anzeigepflicht vorgeſchrieben iſt (N. 12); Wolff G. 27 313. Eine Privateinwilligung des Bedrohten in die Unterlaſſung der Anzeige entbehrt deshalb der Wirkſamkeit; Binding Hb. 1 708 N. 7, 729 u. Lb. 2 674, 681. Aber auch der Umſtand, daß man weiß, die Behörde habe anderweitig Kenntnis erlangt, entbindet nicht von der Verpflichtung; ſo v. Schwarze N. 12 A. 7; aM. Binding aO. S. 680, Oppenh.-D. N. 12, Rüd.-St. N. 3. Dagegen erledigt die Verhinderung der Tat eine Vorausſetzung für die Strafbarkeit (N. 11); Binding Lb. 2 674, v. Schwarze, Rüd.-St. aO.

8) Die Anzeige iſt „hiervon" zu machen, d. h. davon, daß der Betreffende von dem verbr. Vorhaben glaubhafte Kenntnis erlangt habe. Demnach wird dem Verpflichteten nicht unbedingt obliegen, die Namen der Beteiligten zu nennen, ſondern er wird hierzu — nach dem Zwecke der Vorſchrift — nur dann für verbunden zu erachten ſein, wenn ſolches zur Verhütung des Verbr. notwendig iſt; ſo die GM.; aM. Wolff G. 27 309.

9) Die Anzeige ſoll „der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Perſon" erſtattet werden. Der zur Anzeige Verpflichtete hat hiernach an ſich die Wahl, wem er ſie erſtatten will (woraus folgt, daß ev. im ſchwurgerichtl. Verfahren eine alternative Frageſtllg. würde erfolgen müſſen; Wertheimer Miſchgeſetze S. 35 f.), aber doch nur inſofern, als überhaupt eine beſtimmte Perſon bedroht iſt, was bei den meiſten der fraglichen Verbr. der Fall ſein kann (nicht muß), bei einzelnen aber (§§ 81 2–4, 87 bis 92) ausgeſchloſſen iſt; Binding Lb. 2 680, Hälſchner 2 858. Noch weiter gehen RG. II

Digitized by Google

4. Jan. 84 E. 9 384 (die Anzeige bei der Behörde entfalle nur dann, wenn das Verbr. — wie regelmäßig: Mord, Raub, Menschenraub — ausschließlich gegen bestimmte Personen gerichtet sei, was bei den Münzverbr., Hoch- u. Landesverrat und den gemeingefährl. Verbr. nicht der Fall sei; es gehe § 139 bei der Gleichstellung beider Anzeigen offenbar von der Voraussetzung aus, daß die Anzeige beim Privaten regelmäßig die gleiche hindernde Kraft habe, wie diejenige bei der Behörde) sowie Heß Anzeigepfl. S. 37 f.

a) Die „Behörde", der die Anzeige zu erstatten, wird nicht näher bezeichnet; daraus folgt aber nicht, daß die Anzeige irgendwelcher Behörde (§ 114 N. 1) gemacht werden dürfe — dann hätte statt des bestimmten Artikels der unbestimmte gesetzt werden müssen — sondern es ist vielmehr die zur Verhütung des Verbr. berufene Behörde, d. h. die Polizeibehörde, gemeint; bei der eigentümlichen Organisation der Polizei, die nach außen hin als einheitlich erscheint, wird es aber nicht für notwendig zu erachten sein, daß die Anzeige gerade an die nach der inneren Geschäftsverteilung örtlich und sachlich zuständige Einzelbehörde gerichtet sei (N. 10); so Frank N. III 1; aM. in letzterer Beziehung Oppenh.-D. N. 6 (an die zunächst berufene Polizeibehörde) u. ferner Rubo N. 10 (an die Behörde, welche der Betreffende für die zur Verhütung geeignete hält), während Binding Lb. 2 680, Hälschner 2 858, Rüb.-St. N. 7, v. Schwarze N. 13 u. Heß aO. S. 40 weder unbedingt die „zuständige" noch die „Polizei"-Behörde für die richtige erachten, sondern die Behörde, von der der Anzeigepflichtige den Umständen nach ein alsbaldiges Einschreiten erwarten konnte. Handelt es sich um das Verfahren eines im Ausl. auszuführenden Verbr. (N. 6b), so wird auch die Anzeige an eine inl. Polizeibehörde für ausreichend zu erachten sein.

b) Wird die Anzeige nicht der Behörde erstattet, so muß sie, wenn mehrere Personen durch das Verbrechen bedroht sind, diesen sämtlich gemacht werden; eine Anzeige an einen einzelnen der Bedrohten genügt nicht; Binding aO., Oppenh.-D. N. 7, Wolff G. 27 311. Ist die durch das Verbr. bedrohte Person handlungsunfähig, so wird eine Anzeige an diese wenigstens dann genügen, wenn sie imstande ist, die ihr drohende Gefahr zu erkennen; ähnlich Binding Lb. 2 681 u. Frank N. III 2; aM. Oppenh.-D. N. 7, der unbedingt Anzeige an den gesetzlichen Vertreter fordert. Anderenfalls führt die Konsequenz der Ansicht des RG. dazu, eine Anzeige an die Behörde zu verlangen, ebenso Binding aO.

10) Die Anzeige ist „zur rechten Zeit" zu machen, d. h. zu einer Zeit, in der die Verhütung des Verbr. noch möglich war (N. 4). Dem Anzeigepflichtigen wird hierdurch die Verantwortlichkeit für eine Verzögerung der Anzeige aufgebürdet; im übrigen legt der Gesetzgeber kein Gewicht darauf, daß die Anzeige sofort geschehen müsse.

War die Anzeige einer unzuständigen Behörde oder einer nicht durch das Verbr. bedrohten Person erstattet, so wird Weitergabe der Anzeige als im Sinne des Anzeigenden erfolgend anzusehen und daher durch deren rechtzeitiges schließliches Eintreffen der Tatbestand ausgeschlossen sein.

Die Vollendung des Verg. tritt ein, sobald infolge der unterlassenen Anzeige die Verhütung des Verbr. nicht mehr möglich war; Binding Lb. 2 679.

11) Die Unterlassung der Anzeigepflicht ist nur dann strafbar, „wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist". Der Nachweis, daß die Erstattung der Anzeige das Verbr. bzw. einen Versuch desselben verhindert haben würde, wird keinesfalls vom Gesetze verlangt; v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 142, v. Rohland Gefahr S. 37. Daher muß, wenn es auch von der Annahme eines solchen Zusammenhanges ausgeht und nur wegen der Schwierigkeit des Beweises von der Aufstellung eines bezüglichen Erfordernisses Abstand nimmt (Binding Hdb. 1 590 u. Lb. 2 682), in jenem Umstande nicht ein Tatbestandsmoment, sondern eine Bedingung der Strafbarkeit gesehen werden; so: v. Liszt S. 603 (193), Frank N. VIII, v. Schwarze N. 14, Landsberg Kommissivdel. S. 199, während Binding der Annahme zuneigt, daß jener Umstand als „Erfolg" präsumiert werde und somit einen Teil der verbrecher. Hdlg. selbst bilde; ähnlich Finger S. 117, es handele sich um ein, von ihm sog. symptomatisches Tatbestandsmerkmal (abweichend noch G. 50 50, Symptom f. d. Ernstlichkeit des Vorhabens).

Digitized by Google

Die Wendung „ein strafbarer Versuch" könnte, da es um den Versuch eines Verbrechens (N. 1) sich handelt, angesichts des § 43 auffallend erscheinen, wird aber andererseits gerade durch die Fassung des §. erklärt, der keine Definition des Versuchs gibt, sondern nur die Bedingungen seiner Strafbarkeit aufstellt; § 43 N. 2. Es muß also mindestens ein Versuch des Verbr. i. S. des § 43 vorliegen und zwar verübt nach dem Zeitpunkte der Erlangung der glaubhaften Kenntnis von dem Vorhaben (N. 3).

Daraus, daß § 139 die Begehung des „Verbrechens" voraussetzt, folgt nicht, daß ein strafbares Verbr. vorliegen müsse (Hälschner 2 859), wenn auch die Hdlg. eines Unzurechnungsfähigen wg. fehlender Schuld die Bedingung nicht erfüllt (N. 2_3). Wie das StGB. von „strafbaren Handlungen" spricht, wegen deren der Täter nicht bestraft werden kann (E. I Abschn. 3 N. 6), so verbindet es mit „Verbrechen" an sich nicht den Begriff der Strafbarkeit im Einzelfall. Es genügt somit auch hier die Begehung eines gegen den Täter nicht strafbaren Verbr. der erwähnten Art, wie z. B. im Falle tätiger Reue (§ 310) nach vollendeter Brandstiftung; so auch Binding Lb. 2 683, dem aber zuzugeben ist, daß unter dem „strafbaren Versuch" i. S. des § 139 unmöglich ein wegen Rücktritts (§ 46^1) straffloser Versuch gleichgestellt werden kann; so ferner: H. Meyer (4. Aufl.) S. 847 N. 14, Oppenh.-D. N. 11; aM.: Hälschner aO., Frank N. VIII, Heß Anzeigepfl. S. 42.

12) Mit Rücksicht auf den polizeilichen Charakter der eigentl. Unterlassungsdelikte überhaupt (vgl. Schwalbach GS. 31 539 ff.) und das Verg. aus § 139 insbs. (N. 6) ist — da für letzteres eine Ausnahme nicht begründet ist (vgl. Hrehorowicz Grundbegriffe S. 310, Schütze S. 287 N. 34 u. v. Schwarze S. 40) — anzunehmen, daß der Regel gemäß (E. I Abschn. 4 N. 4_2) durch § 139 jede schuldhafte Nichtanzeige getroffen werde, um so mehr, als man bei der Redaktion des vorbildlichen PrStGB. § 39 ausdrücklich auf die Bezeichnung der Unterlassung als einer „wissentlichen" glaubte verzichten zu können, weil die unfreiwillige Unterlassung, z. B. infolge zwangsweiser Zurückhaltung, ohnehin wegen Vorliegens eines Schuldausschließungsgrundes nicht unter das Strafgesetz falle (so auch v. Buri S. 29 Beilageh. S. 139), an eine Ausschließung der Fahrlässigkeit vom Tatbestande das Verg. aber offenbar nicht im geringsten gedacht wurde (Goltd. Mat. I 293), wie auch Goltdammer selbst S. 344 die Möglichkeit der Begehung der Unterlassung durch Fahrlässigkeit ohne weiteres hinstellt. Hiernach ist aus § 139 beim Vorliegen seiner, im wesentlichen allerdings die Wissenschaft des Täters bedingenden, Voraussetzungen sowohl die vorsätzliche wie auch die fahrlässige Unterlassung der Anzeige zu bestrafen, so daß es für die Erfüllung des Tatbestandes nicht darauf ankommt, welche dieser beiden Schuldformen vorliege. So: RMG. II 15. Feb. 02 E. 2 200 (gelegentlich), Hälschner 2 859, Merkel S. 401, H. Meyer S. 663, Schütze S. 102, Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 12, Seligsohn G. 28 218, Bruck Fahrlässigkt. S. 49, Heß Anzeigepfl. S. 43. AM.: Binding Lb. 2 681 u. Normen 2 499 N. 720, Geyer 2 454, v. Liszt S. 637, v. Schwarze N. 15, die fahrlässige Nichtanzeige sei nicht strafbar. Nur für die Strafzumessung ist von Bedeutung, ob die Anzeige aus Vorsatz (vgl. über diesen Binding aO. S. 682) oder aus Fahrlässigkt. unterlassen sei.

Je nach dem hinsichtlich der Schuldform eingenommenen Standpunkt entscheidet sich die Frage nach der Beachtlichkeit eines tatsächlichen Irrtums; nach diesseitiger Auffassung ist er nur unter der Voraussetzung des Abs. 2 des § 59 beachtlich (ebenso Frank N. VII 2), während Binding aO. S. 682 N. 1 u. v. Schwarze aO. N. 4 ihm weitergehenden Einfluß zugestehen.

13) Mittäterschaft ist nicht denkbar (vgl. § 47 N. 19).

Dagegen ist Anstiftung möglich, und zwar selbst zur fahrlässigen Unterlassung; so Heß Anzeigepfl. S. 44 N. 4; anders die GM. (vgl. § 48 N. 18).

Die am Verbrechen selbst Beteiligten (N. 6a) können straflos Teiln. nicht begehen (E. I Abschn. 3 N. 9); v. Kries ZStrW. 7 564.

14) Wegen des Verhältnisses des § 139 zum § 299 vgl. das. N. 9, zum § 300 das. N. 9.

15) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16).

Digitized by Google

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. N. 5 u. § 67 N. 14a.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 140.

Wegen Verletzung der Wehrpflicht wird bestraft:

1) ein Wehrpflichtiger, welcher in der Absicht, sich dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen, ohne Erlaubniß entweder das Bundesgebiet verläßt oder nach erreichtem militärpflichtigen Alter sich außerhalb des Bundesgebietes aufhält: mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß von Einem Monat bis zu Einem Jahre;
2) ein Offizier oder im Offizierrange stehender Arzt des Beurlaubtenstandes, welcher ohne Erlaubniß auswandert: mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Haft oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten;
3) ein jeder Wehrpflichtige, welcher nach öffentlicher Bekanntmachung einer vom Kaiser für die Zeit eines Krieges oder einer Kriegsgefahr erlassenen besonderen Anordnung in Widerspruch mit derselben auswandert: mit Gefängniß bis zu zwei Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Der Versuch ist strafbar.

Das Vermögen des Angeschuldigten kann, insoweit es nach dem Ermessen des Richters zur Deckung der den Angeschuldigten möglicherweise treffenden höchsten Geldstrafe und der Kosten des Verfahrens erforderlich ist, mit Beschlag belegt werden.

PrStGB. § 110. Entw. I § 128 Abs. 1 u. 3, II § 138 Abs. 1 u. 3. StB. S. 468 ff. Entw. d. StGN. Art. 1 § 140. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. S. 1875/76 S. 986 ff., 1346.

Vgl. StPO. § 480 sowie WehrO. § 26 Nr. 7 Abs. 3, insbs. zu Nr. 1: StPO. §§ 470, 472, zu Nr. 3: G. betr. Änderungen d. Wehrpflicht v. 11. Feb. 1888 Art. II § 4[3].

Zu §§ 140, 142, 143. N. 1, 2.

1) Die „Wehrpflicht" ist die Verpflichtung zur Dienstleistung in der bewaffneten Macht (Heer, Marine, Landsturm) und dauert vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 45. Lebensjahre. Die Verpflichtung ist wesentlich eine staatsbürgerliche, liegt daher in der Regel nur einem Deutschen (§ 4 N. 7; vgl. Dresden 30. Jan. 74, 17. Mai 78, München 4. Juni 77, St. 3 122, 8 115, 7 269), ausnahmsweise aber auch einem Nicht-Deutschen ob; RV. Art. 57, WehrG. §§ 1—3, G. v. 11. Feb. 1888 Art. II § 24, RMG. § 11 (u. N. 10), WehrO. §§ 4, 21; RG. I 21. Okt. 01 E. 34 408 (im übrigen verneinend, daß der Sohn eines ausgewanderten u. wieder zurückgekehrten Deutschen von der Wehrpfl. nur befreit sei, wenn er selbstdg. eine fremde Staatsangehörigkt. erworben habe, andererseits bejahend, daß das i. d. VStA. Amerikas durch Naturalisation erworbene Bürgerr. kraft Rechtens auf die Kinder übergehe). Die Wehrpflicht erzeugt keine subjektive Verpflichtung zu einer bestimmten militärischen Dienstleistung, ist vielmehr „der Inbegriff derjenigen gesetzlichen Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein der Befehl der Staatsbehörden zur Leistung von Militärdiensten mit rechtlicher Kraft und Gültigkeit erlassen werden kann"; Laband Staatsr. 4 125 ff., 128, 133 f.

Befreit sind von der Wehrpflicht die Mitglieder regierender sowie der mediatisierten vormals reichsständischen und derjenigen Häuser, denen die Befreiung von der Wehrpflicht durch Verträge zugesichert ist oder auf Grund besonderer Rechtstitel zusteht, die vorm 1. Jan. 1851 geborenen Angehörigen von Elsaß-Lothringen, endlich die von der Insel Helgoland

Digitized by Google

herstammenden Personen und ihre vor dem 11. Aug. 1890 geborenen Kinder; WehrG. § 1, G. btr. Einf. d. Reichskriegswesens in Elsaß-Lothringen v. 23. Jan. 1872 § 2, LandsturmG. v. 12. Feb. 1875 § 9, G. btr. die Vereinigung von Helgoland mit dem DR. v. 15. Dez. 1890.

2) Die §§ 140, 142, 143 enthalten Strafbestimmungen wegen Verletzungen der Wehrpflicht, die jedoch insofern verschiedenen Charakters sind, als die §§ 140[1] u. 143 die „Absicht", § 142 den „Vorsatz" voraussetzen, der Erfüllung der Wehrpflicht ganz oder teilweise sich zu entziehen, während dies in den Fällen der erst durch die StGN. hinzugefügten Nr. 2, 3 des § 140 nicht erfordert wird, vielmehr nur ein auf „Auswanderung" gerichteter (N. 8) Vorsatz; Binding Lb. 2 690, Meves N. 1 u. HH. 4 331.

Unter „Absicht" ist in den §§ 140[1] u. 143 der gerade auf den Erfolg, dem Eintritt ins Heer sich zu entziehen, gerichtete Wille zu verstehen, der somit über den bloßen Vorsatz, das Bundesgebiet zu verlassen, hinausgeht, ohne daß übrigens die Entziehung der Endzweck des Handelns zu sein braucht; vgl. StPO. § 472, woselbst Abs. 2 Unterabs. 3 „um . . . zu" substituiert ist; weitergehend: RG. IV 1. Nov. 84, I 15. Okt. 00, E. II 380, 33 399, Rüd.-St. N. 6 (Endzweck), bzw. v. Liszt S. 606 (Beweggrund) u. Frank N. IV (der erstrebte Erfolg), während Binding Lb. 2 689 u. Normen 2 597, Hälschner 2 991, H. Meyer S. 667 N. 7 die „Absicht" gleich „Vorsatz" setzen. Die Möglichkeit eines Eventualdolus ist deshalb insoweit ausgeschlossen; § 59 N. 6.

Zu § 140. N. 3—16. — Zu Absatz 1 Nr. 1. N. 3—6.

3) Die Wehrpflicht umfaßt als Bestandteil die Dienstpflicht (im Gegensatz zur Landsturmpflicht) und zwar speziell die Dienstpflicht im stehenden Heere bzw. in der Flotte. „Heer" u. „Flotte" bilden den Gegensatz zur Landwehr und zur Seewehr, beide umfassen daher das aktive Heer bzw. die aktive Flotte und die Reserve. Die Dienstpflicht im stehenden Heere oder in der Flotte gliedern sich demgemäß in die aktive Dienstpflicht (bei der Fahne) und in die Reservepflicht; WehrG. §§ 3, 6, RMG. § 38, WehrO. §§ 5 ff., Laband Staatsr. 4 147. Der „Eintritt" in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte ist aber nicht völlig identisch mit dem Eintritt in den aktiven Dienst, obgleich der Reservedienst naturgemäß erst auf diesen folgt; denn nach RMG. § 56[2] gehören die vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten und Freiwilligen zum Beurlaubtenstande, d. h. zwar zum stehenden, aber nicht zum aktiven Heere; der dem Eintritt in den aktiven Dienst vorausgehende Eintritt in diese Kategorie ist daher gleichfalls ein solcher in das stehende Heer.

4) Die „Absicht" (N. 2), über deren Vorliegen N. 15, 2 zu vergleichen, „sich dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen" (wg. des letzteren Ausdrucks vgl. § 235 N. 2). Daraus folgt, daß, wenn auch der Eingang der Nr. 1 generell einen „Wehrpflichtigen" als Subjekt des Verg. bezeichnet, doch in Wahrheit nur ein solcher Wehrpflichtiger Täter sein kann, der noch nicht in das stehende Heer oder die Flotte eingetreten ist, d. h. noch nicht angefangen hat, seiner Dienstpflicht zu genügen. Deshalb können Subjekte des Verg. aus § 140[1] nicht die im RMG. § 38 bezeichneten, zum aktiven Heere gehörigen, Personen sein, aber auch nicht die noch nicht in das aktive Heer bzw. die Flotte eingestellten, sondern vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten und Freiwilligen (das. § 56[2]), auf welche die Bestimmungen des MStGB. Anwendung finden; Hälschner 2 992, Meves N. 6, Laband Staatsr. 4 131 N. 3.

Wenn übrigens ein Wehrpflichtiger in der eben bezeichneten Absicht das Bundesgebiet verläßt, so wird er dabei gleichzeitig die Lösung des Staatsangehörigkeitsverhältnisses mit beabsichtigen, also „auswandern" (N. 8).

5) Voraussetzung des Tatbestandes ist, daß ein Wehrpflichtiger „ohne Erlaubnis entweder das Bundesgebiet verläßt oder nach erreichtem militärpflichtigen Alter sich außerhalb des Bundesgebietes aufhält". Die Gesetzgebung kennt aber eine Erlaubnis für Wehrpflichtige der in N. 3 bezeichneten Kategorie in keiner der beiden Richtungen, selbst nicht in der Form der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit, die, insofern nicht der Erwerb einer Staatsangehörigkeit in einem anderen Bundesstaate nachgewiesen wird, „Wehrpflichtigen, welche sich in dem Alter vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 25. Lebensjahre

Digitized by Google

befinden, bevor sie ein Zeugnis der Kreis-Ersatzkommission darüber beigebracht haben, daß sie die Entlassung nicht bloß in der Absicht nachsuchen, um sich der Dienstpflicht im stehenden Heere oder in der Flotte zu entziehen", nicht erteilt werden darf; IndigenatsG. § 15. Denn sobald einem Wehrpflichtigen eine Entlassungsurkunde erteilt worden, so ist damit die an die Reichsangehörigkeit geknüpfte Wehrpflichtigkeit selbst beendet und das Verlassen des Bundesgebietes geschieht nicht mehr in der Eigenschaft als Wehrpflichtiger; Hälschner 2 990.

In der Erteilung eines Auslandspasses an einen Wehrpflichtigen liegt nach dem gesamten Inhalte des PaßG. nicht eine Erlaubnis zum Verlassen des Bundesgebietes, vielmehr nur die Aushändigung eines Legitimationspapiers, was dadurch bestätigt wird, daß (in Preußen) ein Auslandspaß nur auf Grund zuvor beigebrachter Erlaubnis der Militärbehörde erteilt werden soll; aM. Oppenh.-D. N. 9. Eine Einrichtung, die der eine Erlaubnis zum Aufenthalte in außereuropäischen Ländern enthaltenden Beurlaubung von Mannschaften der Reserve und Landwehr nach RMG. § 59 ähnlich wäre, besteht hinsichtlich der mehrfach bezeichneten Wehrpflichtigen nicht.

Wenn deshalb ein Wehrpflichtiger in der N. 2 bezeichneten Absicht entweder das Bundesgebiet verläßt oder nach erreichtem militärpflichtigen Alter außerhalb des Bundesgebietes sich aufhält, so hat er stets aus § 140[1] sich strafbar gemacht, da ihm die zum Ausschluß der Strafbarkeit erforderliche Erlaubnis nach Maßgabe der bestehenden Gesetzgebung niemals erteilt werden kann; Hälschner 2 991. Würde er sie dennoch erlangt haben, so würde allerdings die Auswanderungserlaubnis auch als eine „Erlaubnis" i. S. der Nr. 1 anzusehen sein; Binding, Lb. 2 688.

6a) Von den beiden Alternativen (N. 5) besteht die erstere in einer Handlung, dem „Verlassen des Bundesgebietes"; „Bundesgebiet" ist hier lediglich in seiner wahren Bedeutung vom räumlichen Gebiet des DR. zu verstehen und nicht auf seine fiktiven Erweiterungen (§ 3 N. 14a) mit zu beziehen; Binding Lb. 2 688. Das „Verlassen" wird demnach durch Überschreiten der Grenzen des DR. vollendet.

b) Die zweite Alternative besteht in dem „Aufenthalt außerhalb des Bundesgebietes (§ 4 N. 20a) nach erreichtem militärpflichtigen Alter". Der „Aufenthalt" verstößt gegen das Verbot, dem gesetzlichen Militärdienste sich zu entziehen; da das Verlassen des Bundesgebietes bei dieser Alternative noch nicht in der bezeichneten Absicht geschah, so ist — bei eingetretener Willensänderung — das Unterlassen der Rückkehr bezüglich der Verletzung der Wehrpflicht kausal; es handelt sich somit um ein durch Unterlassen begangenes Kommissiv-, nicht um ein Omissivdelikt (§ 1 N. 3 u. T. I Abschn. 3 N. 3); so Sturm Unterlassungsdel. S. 394; aM.: Binding Lb. 2 688 (bald Begehungs-, bald reines Unterlassgsdel., letzteres z. B. bei Geburt im Ausl.), Schwalbach GS. 31 548 u. anscheinend auch RG. I 16. Sept. 80 N. 2 212. Zur Zeit der Unterlassung muß der Täter „wehrpflichtig" bzw. sogar „militärpflichtig" sein; das ist er aber nach IndigenatsG. § 21 wegen Verlustes der Staats- bzw. Reichsangehörigkeit nicht mehr, wenn er bei Eintritt in das militärpfl. Alter seit seiner Auswanderung bzw. seit Ablauf des ihm erteilten Auslandspasses einen, der ausdrücklichen Feststllg. bedürfenden (RG. I 30. Nov. 03 E. 51 56), ununterbrochenen zehnjährigen Aufenthalt im Ausl. gehabt hatte (RG. IV 22. Nov. 87 N. 9 628), während es im übrigen nicht darauf ankommt, ob er bereits beim Verlassen des Bundesgebies das wehrpflichtige Alter erreicht hatte (Dresden 17. Mai 78 St. 8 115), oder ob er während der ganzen o. teilweisen Dauer jenes Aufenthaltes minderjährig war (so RG. III 4. Feb., I 28. Nov. 95, II 5. Nov., IV 16. Nov. 97, E. 26 427, 28 24, 30 297, 326; aM. OAA. zu dem ersten Urteil). Für die Tatsache der Unterbrechung des Aufenthalts im Ausl. ist es gleichgültig, ob sie mit o. ohne die Absicht geschah, sich dadurch die D. Staatsangehörigkeit zu sichern; in beiden Fällen wird die Verlustfrist unterbrochen; so: RG. I 21. Nov. 04 E. 37 308, Cahn IndigenatsG. (2. Aufl.) S. 153; aM. Binding Lb. 2 685. Zu den Abs. 1 u. 2 des § 21 IndigenatsG. vgl. übrigens hinsichtlich des Beginnes der Verlustfrist zum Nachteil minderjähriger Personen, die im Ausl. geboren sind, sowie hinsichtlich der Erstreckung der die Verlustfrist aufschiebenden Maßnahmen des Vaters o. Ehemannes auf dessen Angehörige die zitt. RG. E. 30 297, 37 308.

Digitized by Google

„Militärpflichtig", d. h. der Aushebung zum Dienst im stehenden Heere oder in der Flotte unterworfen, ist jeder Wehrpflichtige, wenn er nicht freiwillig vorher in den Heeresdienst eintritt, vom 1. Jan. des Kalenderjahres an, in dem er das 20. Lebensjahr vollendet, u. zwar so lange, bis über seine Dienstverpflichtung den Bestimmungen des Gesetzes gemäß endgültig entschieden ist; RMG., Nov. v. 5. Mai 1880, § 10, G. v. 11. Feb. 1888 Art. II § 24$_5$, WehrO. § 22, Laband Staatsr. 4 135 N. 1. Strafbar wird also die unterlassene Rückkehr in das Bundesgebiet nach jenem Zeitpunkte, trotzdem die Meldepflicht zur Aufnahme in die Rekrutierungs-Stammrolle erst in der Zeit vom 15. Jan. bis 1. Feb. erfüllt werden muß und die Gestellungspflicht zur Musterung bzw. Aushebung noch später eintritt; WehrO. §§ 25[1], 26, Laband aO. S. 136.

Zu § 140 Absatz 1 Nr. 2. N. 7, 8.

7) Die Nr. 2, die ihre Ergänzung in § 360[3] (das. N. a) findet, derartig, daß sie mit dieser zusammen die Materie der unerlaubten Auswanderung regelt (EG. § 2 N. 4b aE.), ist eine Wiedergabe des RMG. § 60[2], die durch diese spätere Bestimmung stillschweigend für aufgehoben zu erachten ist (aM. Binding Lb. 2 690 N. 1), um so mehr, als sie nur auf zum Heere gehörige Personen, nicht aber auch auf Offiziere ꝛc. der Marine sich bezog; Hälschner 2 992 N. 5, Meves N. 7, 8 u. HH. 4 330.

„Offizieren (vgl. das dem MStGB. beigefügte Verzeichnis der Militärpersonen A I) und im Offizierrange stehenden Ärzten des Beurlaubtenstandes" (d. h. der Reserve oder Land- bzw. Seewehr; denn die Ersatzreserve, die an sich nach dem Ges. v. 11. Feb. 88 Art. II § 11 auch in Betracht käme, hat nur „Mannschaften", keine Offiziere) darf, falls sie nicht nachweisen, daß sie in einem anderen Bundesstaate die Staatsangehörigkeit erworben haben, die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit nur mit Genehmigung der Militärbehörde erteilt werden; diese aber setzt wiederum Entlassung aus dem Dienste (Verabschiedung) seitens des Kontingentsherrn voraus; IndigenatsG. § 15, RMG. § 60[1], WehrO. § 111[7], HeerO. § 51[8], Laband Staatsr. 4 178.

Nicht genannt sind die jetzt gleichfalls vorkommenden, im Offizierrange stehenden Beamten — d. h. die oberen Militärbeamten (Verzeichnis der Militärpers. B.) — der Reserve u. Landwehr; da die Ausdehnung der gegen sie nicht gegebenen Strafbestimmung unzulässig ist, so erscheint die Nr. 2 des § 140$_1$ gegen sie nicht anwendbar.

8) Strafbar ist nicht schon das bloße Verlassen (N. 6) des Bundesgebietes, sondern nur das „ohne Erlaubnis" (N. 7$_2$) „Auswandern", d. h. das Verlassen des Bundesgebietes bzw., was dem rechtlich gleichsteht, das Verweilen im Auslande, beides verbunden mit der Absicht, den inländ. Wohnsitz u. die Angehörigkeit zum DR. dauernd aufzugeben, also das Verhältnis der Staatsangehörigkeit zu lösen; so die GM., insbs. RG. II 25. März 81, I 18. Feb. 97, II 15. Mai 03, E. 3 437, 29 391, 36 242; vgl. dagegen Binding Lb. 2 910 (btr. § 144), die Absicht, dem Reichsbürgerverband den Rücken zu kehren, gehöre nicht dazu, sowie ferner RG. II 6. Dez. 04 E. 37 (btr. G. über Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897), indem es auch für den Fall des § 140 es nur als „Regel" ansieht, daß die Absicht auf Lösung der Staatsangehörigkeit gerichtet sei. Mit der hiernach für den Begriff des Auswanderns erforderlichen Absicht ist es vereinbar, daß der Auswanderer nicht darauf verzichtet, je wieder nach D. sei es vorübergehend, sei es dauernd zurückzukehren; zit. RG. E. 36 242 (245), Binding Lb. 2 688 N. 3.

Zu § 140 Absatz 1 Nr. 3. N. 9.

9) Die Nr. 3 sichert die Durchführung des IndigenatsG. § 17, wonach für die Zeit eines Krieges oder einer Kriegsgefahr dem Bundespräsidium der Erlaß einer besonderen Anordnung wegen Verweigerung der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit vorbehalten ist. Jede in Widerspruch hiermit vorgenommene Auswanderung eines Wehrpflichtigen ist strafbar, falls der Auswandernde Kenntnis von dem Erlaß der Anordnung hatte (§ 59$_1$); Auswanderung bei fahrl. Unkenntnis ist nicht strafbar; aM. Bruck Fahrlässigkeit S. 49. Mit Recht hebt übrigens das Gesetz hervor, daß „ein jeder Wehrpflichtige" Subjekt des Verg. sein könne; vgl. dagegen wegen „ein Wehrpflichtiger" in Nr. 1 oben N. 3. Das bloße Verlassen des Bundesgebietes nach einer solchen Anordnung ist noch nicht strafbar.

Digitized by Google

Zu § 140. Inländer; Versuch; Strafe; Verjährung; Zuständigkeit. N. 10—16.

10) Während Subjekt des Verg. in sämtlichen Fällen der Nr. 1—3, deren eigentümlichem Tatbestande gemäß — abgesehen vom Ausnahmefall des RMG. § 11 (o. N. 1), über dessen Auslegung, insbs. btr. des „dauernden Aufenthalt in D. nehmen", zu vergleichen: RG. III 4. Feb. 89, 6. Feb. 93, I 18. Feb. 97, E. 18 384, 23 407, 29 391 — zur Zeit der Tat ein Deutscher sein muß, kommt es nicht darauf an, ob der Täter auch noch zur Zeit der Strafverfolgung ein Inländer ist, oder ob er die Staatsangehörigkeit etwa durch den zehn- bzw. fünfjährigen Aufenthalt im Auslande inzwischen verloren hat; Binding Lb. 2 687, Hälschner 2 993, John HH. 3 203, v. Liszt S. 607, H. Meyer S. 667, Oppenh.-D. N. 11, 11a, v. Schwarze N. 4, Laband Staatsr. 4 131.

Eine Ausnahme wird hiervon durch die sog. Bancroft-Verträge gemacht, d. h. durch den Vertrag zwischen dem NDB. und den Vereinigten Staaten von Amerika v. 22. Feb. 1868 Artt. 1, 2 und die nachgebildeten Verträge zwischen den letzteren und Bayern, Württemberg, Baden sowie Hessen, indem nach diesen ein naturalisierter Amerikanischer Staatsbürger, mag die Naturalisation auch erst in der Zwischenzeit zwischen der Fällung des erst- und des zweitinstanzlichen Urteils erfolgt sein, bei etwaiger Rückkehr in das Bundesgebiet zwar wegen einer nach diesseitigen Gesetzen mit Strafe bedrohten Handlung, die er vor seiner Auswanderung verübt hat, soll zur Untersuchung gezogen werden können, dagegen, vorausgesetzt, daß er fünf Jahre lang, u. zwar gleichgültig, ob vor oder nach der Naturalisation, ununterbrochen in den Vereinigten Staaten sich aufgehalten hat, nicht wegen einer durch die Auswanderung verübten Straftat, mag auch die Verletzung der Wehrpflicht schon vor erfolgter Naturalisation vollendet sein, und mag die Naturalisation z. B. der Aburteilung wieder verloren sein. So: RG. III 20. Jan. 96, I 18. Feb. 97, E. 28 127, 29 391, letzteres speziell mit Rücksicht auf den Bayer.-Amerik. Vertrag v. 26. Mai 1868, Berner S. 416, Binding Lb. 2 687, Hälschner 2 993, John HH. 3 203, v. Liszt aO., H. Meyer S. 667, Rüb.-St. N. 5, Laband Staatsr. 4 132 N. 1.

11) Durch Abs. 2 wird der Versuch (§ 43) für strafbar erklärt und zwar, soweit Nr. 1 u. 2 in Betracht kommen, in Ergänzung der älteren Fassung des StGB. bzw. des RMG. § 60[2].

Ein Versuch aus Nr. 1 (nicht eine bloße Vorbereitungshdlg.) liegt in dem Verlassen seines Wohnorts u. dem Antritt einer Reise seitens eines Militärpflichtigen, die ihn ohne Unterbrechung über die Grenze des Bundesgebietes führen soll, bei obwaltender Absicht, dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres sich zu entziehen; RG. III 20. Nov. 80 E. 3 136, Binding Lb. 2 688.

12a) Wegen der Bestrafung des vollendeten Verg. gilt folgendes:

Die Strafe ist im Falle der Nr. 1: wahlweise Geldstr. von 150 – 3000 M. (§ 28) o. Gefängnis von 1 Mt.—1 J. (§ 16), im Falle der Nr. 2: wahlweise Geldstr. von 3—3000 M., Haft von 1 T.—6 W. (§ 18, insbs. N. 1) o. Gefängnis von 1 T.—6 Mt. Die Geldstr. kann, als „an erster Stelle" bzw. im Falle der Nr. 2 als „wahlweise neben Haft" angedroht, gemäß § 28[2] (das. N. 6b, c) für den Fall der Unbeibringlichkeit in Haft umgewandelt werden.

Im Falle der Nr. 3 ist die Hauptstrafe Gef. v. 1 T.—2 J. und fakultativ daneben Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27 N. 1).

b) Die Bestrafung des Versuchs (N. 11) erfolgt nach § 44, insbs. Abs. 4.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67[2] in fünf Jahren. Die Beantwortung der Frage, wann die Verjhrg. beginne, hängt davon ab, ob durch die im § 140 unter Strafe gestellten Hdlgen ein Dauervergehen verübt wird oder nicht (§ 67 N. 14a, 15). In Frage stehen das Verlassen des Bundesgebietes und das Auswandern sowie der Aufenthalt außerhalb des Bundesgebietes. Die Natur sämtlicher hierdurch begangener Verg. besteht in der Behauptung eines strafb. Zustandes; denn das, was das Strafgesetz treffen will, ist die Verletzung der Wehrpflicht; diese dauert aber so lange an, als der wehrpflichtige Deutsche im Ausl. ohne Erlaubnis oder im Widerspruch mit der Kaiserlichen Anordnung sich aufhält. So die GM., insbs. RG. II 25. März 81 E. 3 437 u., speziell btr. Nr. 1: die § 67 N. 15 Iaα zitt. N. 4 595, E. 22 161, 29 391, jetzt auch Frank N. III; aM. btr. Nr. 2: Binding Lb. 2 690, btr. Nr. 2 u. 3: Merkel S. 403, Oppenh.-D. N. 21.

Digitized by Google

Die Behauptung des strafb. Zustandes hört in allen drei Fällen auf mit der Rückkehr ins Inl., gleichviel in welcher Absicht und für welche Dauer diese Rückkehr erfolgte (zitt. RG. N. 4 595, E. 22 161, Schütze aO., Rüd.-St. N. 7), bzw. mit Erteilung der erforderlichen Erlaubnis, so daß die Verjhrg. ev. mit Eintritt dieser Ereignisse beginnt.

Für den Fall der Nr. 1 beginnt die Verjhrg. ferner mit Beendigung der Militärpflicht. Daß diese aber durchweg, wie Oppenh.-D. N. 10 annimmt, schon mit dem 1. Jan. desjenigen Jahres endige, in dem der Militärpflichtige sein 27. Lebensjahr vollendet, läßt trotz des WehrG. § 6 sich nicht rechtfertigen; diese Bestimmung gibt die Dauer der Dienstpflicht offenbar nur für die Regel auf sieben Jahre an, denn, solange die Militärpflicht (N. 6_3) dauert, d. h. so lange, bis über die Dienstpflicht des Wehrpflichtigen endgültig entschieden ist, kann von einer Beendigung der Dienstpflicht nicht die Rede sein. Deshalb wird, falls die Entscheidung über die Dienstpflicht durch Abwesenheit des Wehrpflichtigen sich verzögert, durch diese Fortdauer der Militärpflicht auch die Dienstpflicht hinausgezogen und zwar möglicherweise bis zum Ende der Wehrpflicht, so daß alsdann die Verjährung erst hiermit beginnt; Binding Lb. 2 689, Hälschner 2 993, H. Meyer S. 667, Schütze S. 288 N. 36, Laband Staatsr. 4 131 N. 4.

In den Fällen der Nr. 2 u. 3 beginnt die Verjhrg. der Strafverfolgung jedenfalls auch mit dem Aufhören der Wehrpflicht, d. h. also, vom Ausnahmefalle des RMG. § 11 abgesehen, entweder mit dem Verluste der Reichsangehörigkeit (RG. III 6. Feb. 93 E. 23 407) oder mit der Vollendung des 45. Lebensjahres (N. 1); Hälschner aO., John HH. 3 203, v. Schwarze N. 3.

14) Aus der Natur der Verg. als Dauerdelikte (N. 13) folgt, daß eine aus § 140 strafb. Hdlg. durch Verlassen des Bundesgebietes bzw. Auswandern aus ihm sowie durch fortdauerndes Verweilen im Ausl. nur einmal begangen werden kann, weshalb bei geschehener Aburteilung das „ne bis in idem" Platz greift; nach erfolgter Freisprechung kann eine neue Anklage nur wegen einer nach jener stattgehabten Auswanderung erhoben werden; RG. II 25. März 81 E. 3 437.

15) Das „Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben", ist ein „besonderes" und durch StPO. Buch VI Abschn. 4 geregeltes, falls es um eine Untersuchung aus § 140_1, d. h. wegen eines vollendeten Verg., sich handelt; steht nur sein Versuch unter Anklage, so findet es keine Anwendung, mag auch der Angeklagte demnächst als „abwesend" i. S. der StPO. § 318 gelten.

Das vorgeschriebene Verfahren ist gleichzeitig von der größten materiellen Bedeutung, da nach StPO. § 475 die Verurteilung des abwesenden Angeklagten auf Grund der im § 472 bezeichneten Erklärung zu erfolgen hat, wenn nicht Umstände sich ergeben, die dieser Erklärung entgegenstehen, während bloße Zweifel an der Richtigkeit der Erklärung diese nicht zu entkräften vermögen; RG. I 30. Jan. 90, II 15. Mai 03, E. 20 200, 36 242. Findet das Gericht nach freier, insbs. auch auf die „Absicht" sich erstreckender, Prüfung (RG. I 18. Okt. 80, 25. Feb. 84, E. 2 351, 10 152, zit. II 36 242, IV 24. Apr. 85 N. 7 254) solche entgegenstehenden Umstände nicht, so erfolgt die Feststellung, namentl. auch der Absicht, dem Eintritt in den Dienst des Heeres 2c. sich zu entziehen (Nr. 1), bzw. der Absicht, das Verhältnis der Staatsangehörigkeit zu lösen (Nr. 2, 3; oben N. 8), zufolge Präsumtion auf Grund „positiver Beweisregeln"; Löwe-H. StPO. § 475 N. 1, Stenglein StPO. § 475 N. 1. Übrigens wird nur bei Widerlegung der gesetzlichen Präsumtion durch Annahme solcher „entgegenstehenden" Umstände, nicht schon bei bloßen Zweifeln an der Richtigkeit Freisprechung zu erfolgen, in Fällen aber, wenn die vorgeschriebene Erklärung nicht abgegeben ist, ein auf Einstellung lautendes Urteil zu ergehen haben; so: Löwe-H. aO. N. 2, Oppenh.-D. N. 15 (Aufhebung des Verf. als z. B. unstatthaft); aM. v. Kries S. 723.

16) Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27. In dem „besonderen Verfahren" (N. 15) ist das Gericht (Strafkammer) zuständig, in dessen Bezirk der Angeklagte seinen letzten Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im DR. gehabt hat; StPO. § 471.

Digitized by Google

§. 141.

Wer einen Deutschen zum Militärdienste einer ausländischen Macht anwirbt oder den Werbern der letzteren zuführt, ingleichen wer einen Deutschen Soldaten vorsätzlich zum Desertiren verleitet oder die Desertion desselben vorsätzlich befördert, wird mit Gefängniß von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 111. Entw. I § 123, II § 139.

1) Der § 141 bedroht verschiedene Verletzungen der dem Reiche zustehenden Militärhoheit (so: Hälschner 2 998, John HH. 3 205, v. Liszt S. 604; aM. Binding Lb. 2 702 N. 4; 703 btr. der ersten Alternative) mit Strafe und zwar unter Aufstellung eines nach zwei Richtungen gegliederten kumulativen Mischtatbestandes, deren jeder zwei Modalitäten umfaßt; Wertheimer Mischgesetze S. 36. Die erstere Richtung wird durch den Eintritt eines Deutschen in den „Militärdienst einer ausländischen Macht" (§ 8 N. 3a), die letztere durch die „Desertion" eines D. Soldaten charakterisiert. Dort betrifft die — übrigens auch gegen einen Ausländer strafbare (Schütze S. 290) — Tätigkeit einen „Deutschen" (§ 4 N. 7), ohne Rücksicht darauf, ob und in welchen Militärverhältnissen er steht (Binding Lb. 2 703, John HH. 3 207, Merkel S. 403, Schütze S. 290, Oppenh.-D. N. 2), hier einen „Deutschen Soldaten", d. h. eine zum D. Heere oder zur Kais. Marine gehörige Person des Soldatenstandes (§ 112 N. 2, 3 sowie das § 10 N. 2b zit. RG. E. 23 81), also unter Umständen auch einen Ausländer (RMG. § 11, WehrO. § 21[4]; vgl. auch § 140 N. 1); Binding Lb. 2 700.

2) Was als „Militärdienst einer ausländischen Macht" anzusehen sei, ist nicht nach Maßgabe der ausländischen, sondern der inländischen Militärgesetzgebung zu bestimmen; Binding Lb. 2 702. Deshalb fällt nicht nur der Soldatendienst in seinen verschiedenen Branchen (vgl. Laband Staatsr. 4 146 f.) — namentl. mit oder ohne Waffen — darunter, sondern auch eine Militärbeamtenstellung (vgl. das dem MStGB. beigefügte Verzeichnis der „Militärpersonen" B.); Oppenh.-D. N. 6.

a) Strafbar ist zunächst das „Anwerben" zu einem ausl. Militärdienst, d. h. der Abschluß eines Werbevertrages mit einem Deutschen; so die allg. Annahme; vgl. insbs.: Binding Lb. 2 702, Hälschner 2 999, aber auch wohl Schütze S. 290 N. 39. Das „Anwerben" ist aber im engsten Zusammenhange mit dem Begriffe des „Werbers" (b) gebraucht u. deshalb näher dahin zu bestimmen, daß ein „geschäftsmäßiges" (§ 144 N. 1) Handeln erfordert werde; so: John HH. 3 206, Schütze aO., Oppenh.-D. N. 3; aM.: Binding, Hälschner aO., v. Liszt S. 604 N. 1, v. Schwarze N. 1, auch Frank N. 1, der aber verlangt, daß der Täter eine offiziell, wenn auch indirekt bestellte Mittelsperson der ausw. Regierung sei.

b) Ferner wird strafbar, wer den „Werbern" (Plural statt Singular — § 110 N. 14) einer ausl. Macht einen Deutschen „zuführt", d. h. jenen Gelegenheit gibt, die Anwerbung dieses zu versuchen, ohne daß es zur „Anwerbung" geführt zu haben braucht; Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 1. Bei Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit durch Ltst, Drohung oder Gewalt greift § 234 Platz; so: Binding Lb. 2 703, Hälschner 2 999, John HH. 3 206, während Frank N. II ev. Idealkonk. mit § 234 annimmt. Daß jene Unterhandlungen zu einer Anwerbung führen, ist nicht erforderlich.

Vgl. übrigens § 89 u. § 90[3] (das. N. 3b), die Anwendung finden, falls die ausl. Macht gleichzeitig eine „feindliche" ist; Frank N. 1 hält Idealkonk. mit §§ 84, 90[3] für möglich.

3) „Desertion" oder „Fahnenflucht" — ein rein militärisches Delikt — ist die unerlaubte Entfernung einer Person des Soldatenstandes einschließlich der im RMG. § 56[2—4] bezeichneten Personen des Beurlaubtenstandes (im Felde auch eines Militärbeamten) von ihrer Truppe oder von ihrer Dienststellung in der Absicht, ihrer gesetzlichen oder von ihr übernommenen Verpflichtung dauernd sich zu entziehen (MStGB. §§ 69, 153, RMG. § 60[3]); so speziell hinsichtlich: der sog. Dispositionsurlauber (RMG. § 56[4]) RG. II 9. Juni 82 N. 4 553; der vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten (RMG. § 56[2]) RG. I 15. Dez. 94

Digitized by Google

E. 26 314. Wenn auch das MStGB. die unerlaubte Entfernung durch Bezugnahme auf §§ 64, 65, 68 das. erläutert, so ergibt sich daraus doch nur in einzelnen Fällen mit Notwendigkt. der Zeitpunkt der Vollendung der Entfernung (so z. B. bei Entfernung durch Überschreitung des Urlaubs mit dessen Ablauf), während es in anderen eine Frage tatsächlicher Natur ist, wann die Entfernung vollendet sei; vgl. RG. III 31. März 80, 1. Feb. 82, R. 1 511, E. 6 7. Das Vorhandensein der Fahnenflucht ist aber stets tatsächlich zu entscheiden, da diese nur dann vorliegt, wenn mit der unerlaubten Entfernung die oben gekennzeichnete Absicht verbunden ist (so auch John HH. 3 208 N. 20), folglich auch z. B. die durch Urlaubsüberschreitung vollendete Entfernung erst später zur Desertion sich gestaltet, falls jene Absicht erst nachträglich hinzutrat; RG. I 3. Feb. 81 E. 3 375, RMG. II 23. Sept. 01, 29. Apr. 03, E. 2 3, 5 76 (82). Übrigens ist die Fahnenflucht ein Dauerverbrechen (§ 73 N. 5c), da ihr Wesen in der durch die unerlaubte Entfernung ins Werk gesetzten dauernden Entziehung aus der Dienstpflicht besteht (vgl. auch MStGB. § 76); so: Binding Lb. 2 687, 700, Dochow HRl. „Desertion", Geyer 2 162, H. Meyer S. 669, v. Schwarze N. 2b, Hecker Militärstrafr. S. 135; aM.: zit. RG. E. 6 7 (N. 4b), v. Liszt S. 605, Merkel S. 404, Frank N. III, Rüd.-St. N. 2, Oppenh.-D. N. 10, dieser, indem er die Desertion durch „eigenmächtige Entfernung" (MStGB. § 64) mit dieser als abgeschlossen ansieht, sobald der Betreffende an einen Ort gelangt ist, wo er wenigstens augenblicklich gegen die Verfolgung gesichert ist.

4) Wenn durch § 141 (gleichwie durch MStGB. § 78) die „vorsätzliche Verleitung" zur Desertion und die „vorsätzliche Beförderung" der Desertion mit Strafe bedroht wird, so ist darin juristisch lediglich die Erhebung der Anstiftung und der Beihilfe zur Desertion zu selbständigen strafb. Hdlgen zu erblicken, die namentl. auch in der durch Abs. 2 erfolgten Strafbarkeitserklärung des Versuchs sich ausprägt (vgl. §§ 48 N. 32a, 49 N. 29a); es darf angenommen werden, daß gerade deshalb die Worte „anstiften" und „Beihilfe leisten", denen nach Maßgabe der §§ 48, 49 eine technische Bedeutung zukommt, vermieden worden sind (Hälschner 2 926); bezüglich des Wortes „verleiten" (vgl. §§ 90, 159, 160, 170, 176[3], 179, 357) bemerkten die Motive z. Entw. II § 157, daß es beibehalten worden sei, da es hinreiche, um die einzelnen Fälle der Anstiftung zu erschöpfen. So: RG. I 10. Nov. 81 E. 5 125, III 11. Okt. 83 R. 5 592, 21. Jan. 89 G. 37 157 (letztere beiden btr. § 159; vgl. auch das § 160 N. 2 zit. E. 15 148), Binding Lb. 2 700, 911, Hälschner aO. (auch S. 999), Harburger Teiln. S. 346, Göbel Unternehmen S. 4, sachlich auch Wahlberg HRl. „Unzucht" (Verleitung erfolge durch Bestimmung mittels Vorspiegelung falscher Gründe). AM. Meves § 144 N. 3 u. v. Schwarze N. 4, die Synonymität von „verleiten" und „anstiften" bestreitend; ferner btr. § 159: v. Liszt Falsche Aussf. S. 177 („Verleiten" sei unbestimmter u. dehnbarer als Anstiften), Voigt G. 28 231 (der Unterschied liege nicht auf Seite der „Mittel", sondern auf Seite des Willens; der Anstifter müsse intensiver auf den Willen des anderen eingewirkt haben als der Verleiter) u. btr. § 176[3]; RG. IV 29. Jan. 89, III 24. Nov. 90, G. 37 157 N. 2, 38 442, II 26. Mai 91 E. 22 33. Hiernach kann auch durch eine bloße Aufforderung, wie sie ein Mittel der Anstiftung sein kann (§ 48 N. 12), eine Verleitung stattfinden; zit. RG. G. 37 157 (btr. des Unternehmens der Verleitung i. S. des § 159). Daß auf seiten des zu Verleitenden schon eine gewisse Geneigtheit in der fraglichen Richtung vorhanden war, schließt den Begriff der „Verleitung" nicht aus, da, wie bei der Anstftg., die bestimmende Beeinflussung das Entscheidende bleibt; RG. III 16. Dez. 97 G. 46 48 (btr. § 176[3]).

a) Die „Verleitung", die begrifflich einen Erfolg verlangt, schließt, wie die Anstiftung, die widerrechtliche Absicht in sich; Beseler PrStGB. S. 277.

b) Die „Beförderung", durch eine reine Unterlassung, also namentl. durch Nichtanzeige, nicht begehbar (Oppenh.-D. N. 14), bezieht sich so gut wie die „Beihilfe" nur auf die Begehung der Desertion, im Unterschiede von der nach Begehung derselben geleisteten Begünstgg. (§ 257). Dabei kommt jedoch die Natur der Desertion als eines Dauerverbrechens (N. 3) in Betracht, wodurch bewirkt wird, daß die während ihrer ganzen Dauer zuteil gewordene Förderung aus § 141 strafbar ist; denn auch die Beih. kann noch nach

Digitized by Google

der juristischen Vollendung des Verg. stattfinden. So: Berlin 17. März 69 O. 10 159 (btr. PrStGB. § 111), Binding Lb. 2 700, ferner Oppenh.-D. N. 10, soweit er die Desertion als Dauerdelikt ansieht. AM.: John HH. 3 208, v. Liszt S. 605, Merkel S. 404, v. Schwarze N. 2a, 5 und insbs. RG. III 31. März 80 R. 1 511, I 20. Jan. 81, 1. Feb. 82, E. 3 280, 6 7; das zit. E. 3 280 führt aus, die Beförderung der Desertion könne in Belehrung u. Auskunft über Schritte bestehen, die *nach* Ausführung der Desertion durch den Deserteur vorzunehmen seien, falls nur jene Hdlgen *vor* Vollendung der Desertion vorgenommen seien.

5) Das Verg. ist in seinen verschiedenen Tatbeständen durchweg ein *vorsätzliches* (Schütze S. 290), wie bei seiner zweiten Richtung (N. 1) ausdrücklich hervorgehoben wird, was für diese Fälle des Mischtatbestandes eine Feststellung der Vorsätzlichkeit notwendig macht (§ 59 N. 22). Im übrigen genügt aber das Wissen und Wollen des Tatbestandes und namentl. kommt es auch bei der Beförderung der Desertion auf den verfolgten Endzweck, der z. B. auf Erlangung eines Vermögensvorteils gehen kann, nicht an; so: Mannheim 24. Okt. 74 St. 4 299, Oppenh.-D. N. 9, Rüd.-St. N. 5.

Die Anwendbarkeit des § 59_1 (N. 2) ist von RG. I 15. Dez. 94 E. 26 314 in einem Falle zu Unrecht *verneint*, wo der Täter annahm, ein vorläufig in die Heimat beurlaubter Rekrut gehöre nicht zu den „Deutschen Soldaten" (N. 1); ein solcher Irrtum gehört jedoch dem Staatsr. an u. ist deshalb entschuldbar; ebenso Binding Lb. 2 701 N. 1.

6) Der *Versuch* (§ 43) ist durch Abs. 2 für strafbar erklärt; vgl. darüber Binding Lb. 2 701. In den Fällen des Mischtatbestandes der zweiten Richtung liegt jedenfalls nur Versuch der Verleitung bzw. Beförderung vor, wenn die Desertion nicht vollendet, sd. nur versucht wurde; so: RG. I 10. Nov. 81 E. 5 125, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 6; aM. Binding Lb. 2 700. Andererseits wird aber nach Umständen auch dann schon Versuch und nicht bloße Vorbereitung angenommen werden können, wenn es noch nicht einmal bis zum Versuche der Desertion gekommen ist; RG. I 13. Apr. 82 E. 6 167, Geyer 2 162, Hälschner 2 1000, v. Liszt S. 605. Vgl. auch den dem N. 3 zit. RMG. E. 2 3 zugrunde liegenden Fall.

7) Angesichts der *Sonderbestimmungen* des § 141 über die Bestrafung der Anstiftung und der Beihilfe zur Desertion kann von einer Anwendung der §§ 70 ff. des MStGB. i. V. mit § 48 bzw. § 49 RStGB. nicht die Rede sein; vgl. T. I Abschn. 3 N. 10. Es ist vielmehr, trotzdem das letztere sonst prinzipiell hinsichtlich der Bestrafung der Anstftg. und der Beih. unterscheidet, eine für alle Fälle gleiche Strafsanktion aufgestellt, die teils milder, teils härter ist als diejenigen Strafsanktionen, die ohne jene Sonderbestimmung auf Grund der zitierten §§. des M. und des RStGB. zur Anwendung kommen müßten.

8) Die *Strafe des vollendeten Verg.* ist Gef. von 3 Mt.—3 J. (§ 16); nach Binding Lb. 2 701 soll i. F. einfacher erster Fahnenflucht der Höchstbetrag des MStGB. § 70 von 2 J. Gef. auf § 141 zu übertragen sein (!); es kann sich doch nur um einen Strafzumessungsgrund handeln.

Die Bestrafung des *Versuchs* (N. 6) erfolgt nach § 44, insbs. Abs. 4.

9) Die *Strafverfolgung verjährt* nach § 67_2 in fünf Jahren. Hinsichtlich ihres Beginnes (das. Abs. 4) gilt nichts Besonderes, da, wenn auch die Desertion (N. 3), so doch keine der im § 141 bedrohten strafb. Hdlgen ein Dauerdelikt ist; Binding Lb. 2 699.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 142.

Wer sich vorsätzlich durch Selbstverstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder durch einen Anderen untauglich machen läßt, wird mit Gefängniß nicht unter Einem Jahre bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher einen Anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht.

PrStGB. § 113 Abs. 1. Entw. I § 125, II § 141. StB. S. 471 f.

Digitized by Google

1) Da die „Wehrpflicht" (§ 140 N. 1, 2) alle militärischen Dienstleistungen umfaßt (WehrG. § 1_2), so besteht ihre „Erfüllung" darin, daß man jedem militärischen Dienste genügt, zu dem man herangezogen wird. Wer in die Lage sich versetzt oder durch einen anderen versetzen läßt, nicht demjenigen militärischen Dienste genügen zu können, dem er an sich seiner Körperbeschaffenheit nach gewachsen war, wird deshalb durch Minderung seiner Diensttauglichkeit zur Erfüllung der Wehrpflicht — wenigstens in vollem Umfange — untauglich, so namentl. der, welcher durch Verstümmelung dem Waffendienst im stehenden Heere sich entzieht, mag er auch als Ersatzreservist oder zum Dienst ohne Waffen verwendbar bleiben. So die GM., insbs.: RG. III 5. Apr. 83 E. 8 214. AM. Rubo N. 2, auch Binding Lb. 2 696, John HH. 3 205 u. v. Schwarze N. 2, insofern der für den Waffendienst Taugliche, aber für eine bestimmte Waffe noch nicht Ausgehobene die Wehrpflicht nur dadurch soll verletzen können, daß er für den Waffendienst überhaupt sich untauglich mache; zweifelhaft ist Frank N. 1.

Unbedenklich kann das Vergehen begangen werden, solange die Wehrpflicht noch nicht völlig erfüllt ist, also von dem, der einen Teil, z. B. die aktive Dienstpflicht bei der Fahne, aber nicht die Reserve- o. Landwehrpflicht erfüllt hat; RG. IV 15. Mai 00, E. 33 280, Binding Lb. 2 695.

2) Wenn auch das Gesetz außer der „Selbstverstümmelung" jede „andere Weise" der vorsätzlichen (§ 140 N. 2) „Untauglichmachung" berücksichtigt, und wenn auch eine zeitweise Untauglichkeit zur Erfüllung der Wehrpflicht durch eine Aberkennung der bER. denkbar ist (vgl. WehrO. § 43^3), eine dauernde Unfähigkeit sogar durch Verurteilung zu Zuchth. eintritt (§ 31), so ist doch anzunehmen, § 142 habe lediglich ein Untauglichmachen durch Zufügung körperlicher, vielleicht auch geistiger, Gebrechen, nicht aber eines moralischen Fehlers im Auge. So: Binding Lb. 2 694, Hälschner 2 995, H. Meyer S. 668, Oppenh.-D. N. 2a. AM. v. Schwarze N. 5.

Der „Selbstverstümmelung", die strafbar ist, weil die — an sich straflose — Selbstverletzg. das Mittel zur Begehung des Deliktes der Wehrpflichtsentziehung ist (Binding Hb. 1 700), tritt die Untauglichmachung durch jedwede andere Hdlg. zur Seite; die durch eine solche herbeigeführte Untauglichkeit zur Erfüllung der Wehrpflicht braucht nun zwar, da die Wehrpflicht selbst nur eine Reihe von Lebensjahren in Anspruch nimmt, nicht, wie regelmäßig die Selbstverstümmelung, eine fürs Leben dauernde zu sein, wohl aber muß durch die Hdlg. ein Untauglichmachen zur Erfüllung der Wehrpflicht schlechthin, wenn auch nur in dem in N. 1 bezeichneten relativen Umfange, herbeigeführt sein, während ein vorübergehendes „Untauglichmachen", z. B. durch Herbeiführung einer Verletzung, die für eine Reserveübung „dienstunfähig" macht, den Tatbestand nicht erfüllt; so: RG. IV 15. Mai 00 E. 33 280 (das N. 1 zit. RG. E. 8 214 stehe nicht entgegen, da es einen Fall der Herbeiführung einer unheilbaren, also dauernden Minderung der Diensttauglichkeit betreffe), Binding Lb. aO.

3) Nur das „Untauglichmachen" bzw. „Untauglichmachen-Lassen" ist strafbar; deshalb fällt eine Selbstverstümmelung nicht unter das Gesetz, wenn bereits vorher eine Untauglichkeit vorlag (Binding Lb. 2 697, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 4), es sei denn, daß dadurch eine Ausdehnung auch btr. solcher Arten des militärischen Dienstes bewirkt wurde, wo sie früher noch nicht vorhanden war. Der Versuch des Untauglichmachens ist nicht strafbar. Maßnahmen endlich, durch die der Schein der Untauglichkeit hervorgerufen wird, fallen nicht unter § 142, sondern unter § 143.

Für die Frage, wann die Untauglichkeit vorliegen müsse, damit der Vergehenstatbestand angenommen werden könne, wird der Zeitpunkt entscheidend sein, in dem die von der Ober-Ersatz-Kommission ausgehende endgültige Entscheidung über die Erfüllung der Wehrpflicht getroffen wird, also, wenn der Betreffende sowohl zum Dienst mit der Waffe als auch zum Dienst ohne Waffe dauernd untauglich befunden wurde, mit der Ausmusterung; WehrO. § 38^1. Keineswegs ist aber, wie es nach § 38^4 das. scheinen könnte, stets der Zeitpunkt der Ausmusterung entscheidend, da vielmehr trotz vorliegender Untauglichmachung (N. 1) dennoch eine Aushebung stattfinden kann. Ob die Untauglichkeit nach jener end-

Digitized by Google

gültigen Entscheidung wieder gehoben wird, oder ob sie in Wahrheit dauernd ist, ist nach obigem gleichgültig; Hälschner 2 995, Schütze S. 289, Wahlberg HRl. „Selbstverstlg.", Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 2.

4) Was insbs. das „Untauglichmachen-Lassen" anbetrifft, so handelt es sich hier nicht um ein Kommissivdelikt durch Unterlassung (§ 1 N. 3a; so Landsberg Kommissivdel. S. 199; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 394), sondern vielmehr um ein sog. Geschehenlassen, das als Täterschaft strafbar ist, weil der Handelnde, nachdem er seinerseits einen anderen zum Untauglichmachen bestimmt hat, nunmehr lediglich den Erfolg der vorher in bezug auf das verbrecherische Ziel entwickelten Tätigkeit abwartet (T. I Abschn. 3 N. 3). Nicht notwendig ist, daß der „andere" schuldhaft handele o. überhaupt zurechnungsfähig sei (Binding Lb. 2 698, Hälschner 2 995, Frank N. II 1); handelt er aber mit vollem Schuldbewußtsein, dann ist es allerdings eine Abweichung von der Regel, daß der Bestimmende als Täter und nicht als Anstifter bestraft wird; § 48 N. 3.

5) Im Absatz 2 findet sich die Strafbestimmung gegen den die Verstümmelung vornehmenden Dritten, die der zweiten Alternative des Abs. 1 völlig entspricht, sobald man „Verlangen" auch als stillschweigendes Verlangen, d. h. als Einwilligung (Zustimmung), auffaßt; diese ausdehnende Auslegung ist hier infolge des Zusammenhanges der Vorschriften des Abs. 1 u. 2 zulässig (vgl. jedoch § 216 N. 2); so: Hälschner 2 996, Oppenh.-D. N. 9, Rüd.-St. N. 5; aM. Binding Lb. 2 697 f. (der auch im Abs. 1 von einer Gleichstellung mit § 216 ausgeht), ferner Rubo N. 7 unter Hinweis auf § $16_{2,3}$. Es würde aber nicht mehr eine Ergänzung des Abs. 1 sein, wenn man mit John HH. 3 209 annehmen wollte, die Untauglichmachung eines anderen ohne dessen Zustimmung sei derselben Strafvorschrift unterworfen; das ist ebensowenig der Fall, als die selbständige Tätigkeit eines Dritten, einen anderen durch auf Täuschung berechnete Mittel der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen, nach § 143_2 strafbar ist (das. N. 4_2). Es greifen vielmehr die §§ 223 ff. in der Weise Platz, daß jener Zweck als Strafzumessungsgrund in Betracht kommt; Binding aO., Oppenh.-D. N. 9. Daß § 142_2 mit den Strafbestimmungen gegen Körperverletzg. nicht in Idealkonk. (§ 73) treten kann, erhellt aus den Ausführungen in N. 9 zum § 223 über die Wirkung der Einwilligg. des Verletzten.

Soweit in der Handlung des Abs. 2 zugleich eine Beihilfe aus § 49 liegt (die Möglichkeit bestreitet Hälschner 2 996), würde die Anwendung dieses letzteren §. durch die Sonderbestimmung des Abs. 2 ausgeschlossen sein, während andere Fälle der Beih. nach der allg. Regel strafbar bleiben; Schütze S. 289 N. 37, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 9.

Übrigens enthält Abs. 2 auch eine Sonderbestimmung, die die Bestrafung wegen Teilnahme am militär. Delikte aus MStGB. § 81 ausschließt, falls der Verstümmelte selbst dieser Bestimmung unterliegen sollte (N. 6); T. I Abschn. 3 N. 10.

6) Werden die im Abs. 1 bezeichneten Hdlgen von den im RMG. § 56^{2-4} benannten Mannschaften des Beurlaubtenstandes verübt, so sind sie nicht aus § 142, sondern aus MStGB. § 81 zu bestrafen; mit Unrecht wird aber der die Anwendung der Bestimmungen des MStGB. „über Selbstbeschädigung" auf jene Personen vorschreibende § 60^3 des RMG. von Laband, Staatsr. 4 134 N. 2, auch von der im Abs. 2 des § 142 bezeichneten Hdlg. bzw. vom MStGB. § 82 verstanden; ebenso jedoch Hecker Militärstrafr. S. 179 (es werde diesseits übersehen, daß der ganze Abschn. 4 MStGB. „Selbstbeschädigung und Vorschützung von Gebrechen" überschrieben sei).

7) Vollendet wird das Verg., sobald infolge der darauf abzielenden, wenn auch schon vor Beginn der Militärpflicht (§ 140 N. 6_3) vorgenommenen (v. Schwarze N. 6) Hdlg. die Untauglichkeit eintritt; die Geltendmachung des Gebrechens vor der Behörde gehört nicht zum Tatbestande; Binding Lb. 2 698, Geyer 2 163, v. Liszt S. 605, Merkel S. 404, Schütze S. 289, Oppenh.-D. N. 4.

8) Was den Dolus betrifft, so wird für den Abs. 1 ausdrücklich die „Vorsätzlichkeit" der Hdlg. (§ 140 N. 2) gefordert, was die Notwendigkeit einer jedesmaligen Feststellung des Vorsatzes bedingt (§ 59 N. 22).

Wenn Abs. 2 ein gleiches Erfordernis nicht aufstellt, so kann es doch keinem Bedenken

Digitized by Google

unterliegen, daß die Hdlg., falls sie aus Abs. 2 strafbar sein soll (N. 4), nicht minder vorsätzlich begangen sein muß (T. I Abschn. 3 N. 3); demnach muß der Dritte namentl. das Bewußtsein davon haben, daß es darum sich handele, den anderen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen; Frank N. III.

9) Die Hauptstrafe ist im Falle des Abs. 1 wie auch des Abs. 2 (wegen „dieselbe Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21_3) Gef. von 1—5 J. (§ 16), während als Nebenstr. nach Abs. 1 i. V. mit § 32 auf VbER. erkannt werden kann.

10) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Mit Rücksicht auf dessen Abs. 4 kann die Verjhrg. bereits eingetreten sein, ehe die Strafverfolgung nach dem N. 3 Bemerkten möglich ist; denn wenn z. B. die Selbstverstümmelung schon vor Beginn der Militärpflicht begangen war (N. 7), so kann möglicherweise die endgültige Entscheidung der Ober-Ersatz-Kommission so spät getroffen werden, daß die fünfjährige Verjährungsfrist bereits abgelaufen ist (§ 67 N. $10a_3$); Geyer 2 163, v. Liszt S. 605.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 143.

Wer in der Absicht, sich der Erfüllung der Wehrpflicht ganz oder theilweise zu entziehen, auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, wird mit Gefängniß bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafvorschrift findet auf den Theilnehmer Anwendung.

PrStGB. § 113 Abs. 2. Entw. I § 126, II § 142. StR. S. 473 f.

1) Wegen der „Absicht, sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen", vgl. § 140 N. 1, 2. Eine „teilweise" Entziehung ist sowohl in Hinsicht auf die Art des militärischen Dienstes (§ 142 N. 1) als auch in zeitlicher Beziehung denkbar; RG. FS. 26. Juli 83, IV 15. Mai 00, E. 9 88, 33 280 (285), Hälschner 2 997, Schütze S. 289, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 1, auch Binding L. 2 693, der aber mit Recht § 143 nicht anwenden will, wenn lediglich eine Zurückstellung o. zeitl. Verschiebung einer Übung erstrebt wird, weil dann die Absicht auf volle Erfüllung der Dienstpflicht gerichtet sei. Sonach kann das Verg. auch von jemandem begangen werden, der seiner Dienstpflicht schon zum Teil — z. B. bei der Fahne — genügt hat, jedoch sind die im RMG. § 56^{2-4} benannten Personen des Beurlaubtenstandes, insoweit die Entziehung „durch Vorschützung von Gebrechen" verübt wird (s. folgende N.), nach § 60^3 das. dem MStGB. § 83 unterworfen.

2) Der bereits aus dem PrStGB. herübergenommene Ausdruck „auf Täuschung berechnete Mittel" ist sehr weitgehend (vgl. Meves N. 6 u. HH. 4 336) und umfaßt nicht nur, wie beim Betruge (§ 263), die Vorspiegelung falscher und das Unterdrücken wahrer Tatsachen (vgl. Rede des Abg. v. Cuny StV. 1875/76 S. 992), sondern namentl. auch, wie im § 144 ausdrücklich hervorgehoben wird, das Vorbringen „wissentlich unbegründeter Angaben", also falscher Ansichten und Gründe, insbs. angeblich in der Zukunft zu erwartender Ereignisse; so Rubo N. 7, 8; aM. Binding L. 2 693 (Identität mit Vorspiegelung falscher Tats.), auch Hälschner 2 996, der aber schließlich selbst einen Unterschied vom Betr. anerkennt. Lügen, d. h. das wissentlich unwahre Vorschützen von Befreiungsgründen, ist ein auf Täuschung berechnetes Mittel; so: Binding, Hälschner aO. N. 4, H. Meyer S. 668, auch v. Liszt S. 606, falls sie Vorspiegelung falscher o. Unterdrückung bzw. Entstllg. wahrer Tatsachen seien; anders die GM., insbs. RG. FS. 26. Juli 83 E. 9 88 (die gegnerische Ansicht habe zwar im Gesetze einen Anhalt, werde jedoch durch den Gang der Verhandlungen im PrLandtage widerlegt), welche die Anwendung irgendwelcher, auf Täuschung berechneter Mittel zum Zwecke der Bewahrheitung und Beglaubigung lügnerischer Behauptungen eines von der Wehrpflicht befreienden Grundes verlangt; hierunter fallend ist es aber von RG. IV 4. Dez. 96 E. 28 218 erachtet worden, wenn ein Wehrpflichtiger seine Behauptung schlechten Sehvermögens durch Vorspiegelung des Vorhandenseins von Symptomen hochgradiger Kurzsichtigkeit unterstützt.

Immerhin aber muß das Mittel „auf Täuschung", d. h. auf Irrtumserregung über

Digitized by Google

tatsächliche, vergangene oder gegenwärtige, Verhältnisse berechnet sein, und ein auf Erregung des Mitleids oder der Gewinnsucht berechnetes Mittel reicht deshalb nicht aus. Dagegen ist gleichgültig, über welche tatsächlichen Verhältnisse eine Täuschung herbeigeführt werden sollte, ob also über Gebrechen oder andere Befreiungsgründe (Schütze S. 289 N. 38, Oppenh.-D. N. 4, Laband Staatsr. 4 134) oder gar über andere an sich unerhebliche Momente. Denn es genügt zur Erfüllung des Tatbestandes die Anwendung auf Täuschung „berechneter" Mittel; ein Erfolg gehört nicht zum Tatbestande; so RG. I 3. Nov. 84 N. 6 682 mit der weiteren Ausführung, es sei rechtlich gleichgültig, ob die Militärbehörde durch die angewendeten und behaupteten Mittel genau in der beabsichtigten und behaupteten Richtung (z. B. „hochgradige Kurzsichtigkeit") oder auch in anderer Richtung (z. B. „herabgesetzte Sehkraft") irregeführt werden könne, wenn die Mittel nur überhaupt geeignet gewesen seien, bezüglich der Militärdienstpflicht irgendwelche Täuschung herbeizuführen (wie z. B. der Gebrauch einer scharfen Konkavbrille, an die das Auge vermöge seiner Akkomodationsfähigkeit sich gewöhnte); ein in abstracto geeignetes Mittel, das notwendig zur Täuschung führen müsse, sei nicht gemeint; vgl. auch: RMG. II 30. Nov. 01 E. 2 74 (btr. MStGB. § 83), Binding Lb. 2 692, Oppenh.-D. N. 5, Rubo N 4, v. Schwarze N. 4. Die Strafbestimmung greift selbst dann Platz, wenn Befreiungsgründe vorliegen; so: Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2; aM. Binding aO.

3) Die erforderliche Absicht muß durch „Anwendung" der ebenbezeichneten Mittel betätigt werden. Soweit diese dazu dienen, den Anschein von Gebrechen hervorzurufen, kann in einem äußerlichen Sinne von deren Anwendung schon bei einer Applikation auf den Körper der betreffenden Person gesprochen werden; so in der Tat Rubo N. 4 u. Oppenh.-D. N. 4. Allein es ist nicht denkbar, daß der Gesetzgeber den Begriff des Verg. aus § 143 so weit habe ausdehnen wollen; es muß vielmehr angenommen werden, daß „anwenden" soviel bedeuten solle als „Gebrauch machen" i. S. des § 267, eine Auslegung, die um so mehr befriedigt, als der Beginn der Strafbarkeit der Hdlg. dadurch bei den verschiedenen Mitteln der Täuschung gleichmäßig bestimmt wird; Binding Lb. 2 692 (zur Täuschung irgend jemandes benutzt). Beabsichtigt sein muß die Täuschung denjenigen Behörden und Beamten gegenüber, die berufen sind, an der Entscheidung über die Erfüllung der Wehrpflicht in irgendeiner Instanz mitzuwirken; RG. FS. 26. Juli 83, 10. Sept. 86, E. 9 88, R. 8 538, Oppenh.-D. N. 6, Laband Staatsr. 4 134. Doch reicht eine mittelbare Täuschung der bezeichneten Instanz hin; Binding Lb. 2 693.

4) Der Absatz 2 begründet eine Ausnahme von der Regel über die Bestrafung der Beihilfe zu einer strafb. Hdlg.; vgl. § 49 N. 29 b.

Wer selbständig darauf ausgeht, einen anderen der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen, verfällt nicht dieser Strafbestimmung; Binding Lb. 2 693, v. Schwarze N. 2.

5) Die Hauptstrafe ist im Falle des Abs. 1 wie auch des Abs. 2 Gef. von 1 T.—5 J. (§ 16), während als Nebenstr. nach Abs. 1 i. V. mit § 32 auf VbER. erkannt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 1, 27.

§. 144.

Wer es sich zum Geschäfte macht, Deutsche unter Vorspiegelung falscher Thatsachen oder wissentlich mit unbegründeten Angaben oder durch andere auf Täuschung berechnete Mittel zur Auswanderung zu verleiten, wird mit Gefängniß von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 114. Entw. I § 127 Nr. 1, II § 143. StB. S. 474 ff.

Entw. d. StGN. Art. I § 144. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 991 ff., 1346 ff.

1) In dem seitens der Motive unerwähnt gebliebenen § 144 bietet der Ausdruck „es sich zum Geschäfte machen" eine gewisse Schwierigkeit. Die im StGB. wiederholt vorkommenden Ausdrücke „gewerbs- u. gewohnheitsmäßig" (§ 260 N. 1) sind, im Anschluß an das PrStGB. § 114 bzw. die PrV. btr. die Verleitung zum Auswandern v. 20. Jan.

Digitized by Google

1820, geflissentlich vermieden (Meves N. 2), wie namentl. hinsichtlich des ersteren auch die RTdebatten von 1870 (StB. S. 474 ff.) ergeben. Wenn nun auch die „geschäftsmäßigen" Delikte mit den „gewerbs- bzw. gewohnheitsmäßigen" zu den sog. Kollektivdelikten (§ 73 N. 5d) zusammengefaßt werden, so stehen doch nach dem eben Bemerkten die Begriffe „gewerbs- u. gewohnheitsmäßig." in einem Gegensatz zu „geschäftsmäßig" (vgl. ZPO. § 157). Obschon der Ausdruck „ein Geschäft machen" von einer einzelnen Hdlg., und zwar einer gewinnversprechenden, gebräuchlich ist (vgl. auch Meves aO.), so doch nicht die Wendung „es sich zum Geschäfte machen", die nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche bedeutet, daß jemand auf eine gewisse Angelegenheit seine Zeit oder Mühe, wenigstens zum Teil, dauernd oder wiederholt aufwenden wollte, — ohne daß einerseits er solches in einer auf Erwerb gerichteten Absicht („gewerbsmäßig") zu tun braucht, und ohne daß andererseits solches so häufig geschehen zu sein braucht, daß es ihm bereits zur Gewohnheit geworden („gewohnheitsmäßig"). So wesentlich: Binding Lb. 2 911 (vgl. auch Hb. I 550), Hälschner 2 850, H. Meyer S. 431, Schütze S. 290 N. 4, Meves N. 2, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1, und, bezüglich PrStGB. § 114, Goltd. Mat. 2 194; so ferner, hinsichtlich des Gegensatzes zur Gewerbsmäßgkt., Begründung des Entw. einer ZPO. zu den §§ 137—143 der ZPO. bei Hahn Mat. 2 218 u. v. Lilienthal Kollektivdel. S. 30. Dagegen ziehen John, HH. 3 210 u. Merkel S. 351 die Gewinnsucht hinein, während Hälschner I 546 zutreffend bemerkt, daß durch die auf den Erwerb gerichtete Absicht, wenn sie im gegebenen Falle vorhanden sei, die Annahme einer geschäftsm. Verübung noch nicht ausgeschlossen sei; ein gewerbsm. Handeln werde durchweg von der auf Erwerb gerichteten Absicht getragen.

2) Das geschäftsm. Treiben muß dahin gehen, „Deutsche (§ 4 N. 7) zur Auswanderung (§ 140 N. 8) zu verleiten", nicht bloß einen einzelnen Deutschen; denn wenn man hierbei auch unter Umständen „ein Geschäft machen" kann, so würde doch eine solche Tätigkeit keine geschäftsmäßige (vorige N.) sein; so: Hälschner 2 850, Rubo N. 4, 6; aM. Binding Lb. 2 911. Den Schutz in Deutschland sich aufhaltender Ausländer hat § 144 nicht im Auge; Berlin KG. 25. Juni 85 Jahrb. 6 300.

Aus dem § 141 N. 4 über den Begriff „Verleiten" Bemerkten folgt, daß § 144 keine Anwendung findet, wenn entweder das geschäftsm. Treiben auf eine ehrliche, von jedem Unrechtmäßigen sich fern haltende, Beförderung der Auswanderung geht (vgl. Meves HH. I 335, v. Schwarze N. 6), oder wenn es zwar widerrechtlich, aber lediglich dahin gerichtet ist, bereits zur Auswanderung entschlossene Personen durch auf Täuschung berechnete Mittel in ihrem Entschlusse zu fördern; so: Hälschner 2 850, H. Meyer S. 628, Frank N. zu § 144; aM.: John HH. 3 210 (weil es nicht um Auswanderung überhaupt, sondern um solche nach einem bestimmten Platze sich handle), Meves N. 3, Oppenh.-D. N. 5, v. Schwarze N. 5. Übrigens kommt es hier, wo das „Verleiten" in Abhängigkeit von „sich zum Geschäfte machen" steht und deshalb nur die Absicht auf ein „Verleiten" zu gehen braucht, auf den Erfolg des Handels nicht an; Meves N. 4, Rubo N. 3.

3) Während nach der PrStrafgesetzgebung seit 50 Jahren bestraft worden war: „wer es sich zum Geschäft macht, Untertanen zur Auswanderung zu verleiten", wurde im J. 1870 vom RT. zum Schutze der ehrlichen Auswanderungsagenten die Einfügung der Worte: „unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder wissentlich mit unbegründeten Tatsachen" für notwendig erachtet, 1876 aber entgegengesetzt, um die seelenverkäuferische Auswanderungsagitation voll zu treffen, die weitere Einfügung der Worte „oder durch andere auf Täuschung berechnete Mittel" beschlossen. Diese Einschaltungen haben aber die bedeutsame Folge nach sich gezogen, daß das strafbare „sich zum Geschäft machen" gerade dahin gehen muß, „Deutsche durch auf Täuschung berechnete Mittel zur Auswanderung zu verleiten". Es verfällt sonach nicht dem Strafgesetze, wer es sich zwar zum Geschäfte macht, Deutsche zur Auswanderung nicht bloß an sich rechtmäßig zu bewegen, sondern sogar zu verleiten (vorige N.), dabei aber nur im einzelnen Falle, nicht geschäftsmäßig, auf Täuschung berechnete Mittel anwendet. So: Binding Lb. 2 911, H. Meyer S. 628, Frank N. zu § 144. AM.: John HH. 3 210, Meves N. 2 A. 2; vgl. auch Rüd.-St. N. 4.

Digitized by Google

Unter den „auf Täuschung berechneten Mitteln" (§ 143 N. 2) hebt das Gesetz ausdrücklich beispielsweise die „Vorspiegelung falscher Tatsachen" (§ 131 N. 3) u. „wissentlich mit unbegründeten Angaben" hervor; Hälschner 2 850, Meves HH. 4 336, Rubo N. 1; vgl. aber Binding aO., bei der Häufung der Ausdrücke sei verkannt, daß die Täuschung stets nur durch Vorspiegelung falscher Tatsachen verübt werden könne.

4) Eine Regelung der Materie des Auswanderungswesens i. S. des EG. § 2 ist nicht anzunehmen; vgl. jetzt das G. über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897, insbs. die Strafbestimmungen in den §§ 43—48.

5) Die Strafe ist Gef. von 2 Mt.—2 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 145.

Wer die vom Kaiser

zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See,

über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße von Schiffen auf See, oder

in Betreff der Noth- und Lootsensignale für Schiffe auf See und auf den Küstengewässern

erlassenen Verordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 349 Nr. 1, II § 144. Entw. d. StGN. Art. I § 145. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 996 ff.

1) Der § 145 enthält ein von Binding, Normen I 161, sog. Blankettstrafgesetz, d. h. ein nur die Strafandrohung enthaltendes Gesetz, während die Aufstellung der Normen, deren Verletzung unter jene fallen soll, anderweitig vorbehalten bleibt, „so daß es von dem Belieben der betreffenden Behörde abhängt, was sie auf das Blankett schreiben will". Im vorliegenden Falle hat die Aufstellung der Norm generell durch „Verordnung", u. zwar durch Kaiserliche, zu geschehen, weshalb auf Grund der Strafandrohung des § 145 stets die Zuwiderhdlg. gegen eine Reichsnorm zu bestrafen ist.

Der § 145 ist zu der gleichen Zeit mit dem ganzen übrigen StGB. geltendes Recht geworden; dagegen bildete der spätere Erlaß der btr. Normen die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des §.; Binding Hb. 1 228.

2) Auf Grund des § 145 sind folgende Kais. Verordnungen erlassen worden:

V. zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See v. 9. Mai 1897 (RGBl. 203);

V. über die Abblendung der Seitenlichter und die Einrichtung der Positionslaternen auf Seeschiffen v. 16. Okt. 1900 (RGBl. 1003);

V. btr. die Lichter- und Signalführung der Fischerfahrzeuge u. der Lotsendampffahrzeuge v. 10. Mai 1897 (RGBl. 215);

V. btr. das Ruderkommando v. 18. Oktober 1903 (RGBl. 283);

V. über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoß von Schiffen auf See v. 15. Aug. 1876 (RGBl. 189) nebst der ErgänzungsV. v. 29. Juli 1889 (RGBl. 171);

[Not- u.] Lootsen-SignalO. für Schiffe auf See und auf den Küstengewässern v. 14. Aug. 1876 (RGBl. 187), deren §§ 1—3 durch Art. 34 der V. v. 9. Mai 1897 aufgehoben sind.

Wegen Nichtanwendbarkeit des $§ 2_3$ im Falle einer Veränderung der Norm durch Erlaß neuer Verordnungen, die tatsächlich bereits wiederholt stattgefunden hat, vgl. das. N. 15.

3) „Übertretung" ist nicht im techn. S. des $§ 1_3$ (das. N. 9_4 sowie u. N. 5) zu verstehen, sondern vielmehr im nichttechn. S. von „Verletzung" (§§ 327, 361^9, 369^2) bzw. „Zuwiderhandlung" (§§ 360^{12}, 366^{10}, 366a) o. „Entgegenhandeln" (§ 367^2), ähnlich wie „Nichtbefolgen" (§§ 367^5, 368^8, 369^2).

Daß die zu strafende Übertretung eine schuldhafte sein muß, kann einem Bedenken

Digitized by Google

nicht unterliegen (T. I Abschn. 4 N. 2); Binding Lb. 2 58, Hälschner 2 987, v. Liszt S. 647. Man wird aber annehmen müssen, daß wegen des polizeilichen Charakters der Delikte unterschiedslos das vorsätzliche und das fahrlässige Zuwiderhandeln unter die Strafandrohung falle, wenigstens sofern nicht aus dem Inhalte der Verordnungen selbst mit Sicherheit etwas anderes zu entnehmen ist (T. I Abschn. 4 N. 4_2); so: RMG. 15. Feb. 02 E. 2 200 (gelegentlich), sowie außer Binding, v. Liszt u. Hälschner aO. (s. auch S. 660): Löning S. 30, Meves N. 7, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 2, Bruck Fahrlässigkt. S. 50; aM. v. Schwarze N. 1 (vgl. auch Schwalbach GS. 31 548 N. *).

Durch die Verordnungen können sowohl Verbote wie Gebote erlassen und somit Kommissiv- oder Omissivdelikte unter die Strafandrohung des § 145 gestellt werden (§ 1 N. 3).

4) Die Zuwiderhdlgen gegen die erlassenen Verordnungen sind ihrer räumlichen Begehung nach den allg. Regeln gemäß strafbar, da § 145 in dieser Beziehung Ausnahmen nicht enthält (vgl. deshalb §§ 3, insbs. N. 12 ff., u. 4); demnach sind Zuwiderhdlgen, wenn sie im Gebiete eines anderen Staats oder auf einem fremden Schiffe auf hoher See begangen werden, gegen einen Deutschen nach Maßgabe des $§ 4_2$ zu bestrafen. So: Meves N. 5, 6, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 3_2. AM. Rubo N. 5 ($§ 4_1$ trete für § 145 begrifflich außer Kraft) sowie Binding Hb. 1 434 u. Lb. 2 59 N. 1, die Übertr. seien strafbar, sowohl wenn sie von fremden Schiffen in den D. Gewässern, als auch wenn sie von D. Schiffen in fremden Gewässern begangen würden, während die Nationalität des delinquierenden Schiffers gleichgültig sei. Die Führer fremder Schiffe, die außerhalb des Gebietes des DR. in jenem weiteren S. den Verordnungen entgegen handeln, können freilich aus $§ 4_2$ nicht bestraft werden; dafür sind aber die Bestimmungen der letzteren internationale.

5) Die Strafe ist Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27), also eine Vergehungsstrafe ($§ 1_2$), welche gemäß $§ 28_2$ (das. N. 6a) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_2$ (das. N. 4b) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. Schöffeng.; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 145a.

Wer im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt, wird mit einer Geldstrafe bestraft, die dem fünften Theile des Nennwerths der ausgegebenen Schuldverschreibungen gleichkommen kann, mindestens aber dreihundert Mark beträgt.

Entwürfe d. EGBGB.: I (fehlt); Bundesratsvorl. Art. 8 IV; RTvorl. Art. 33 IV.

1) Dieser §. ist in das StGB. zufolge Art. 34 IV des EGBGB. (s. o. S. 35 unter XIII) eingestellt, gleichlautend mit den Vorschlägen der Bundesrats- u. der RT-Vorlage, während Entw. I eine entsprechende Bestimmung noch nicht in Aussicht genommen hatte. Durch die Strafbestimmung soll (vgl. Protokolle über die 2. Lesung des Entw. BGB. 6 585) das im BGB. § 795 ausgesprochene Verbot der nicht genehmigten Ausgabe von Inhaberpapieren verstärkt werden, was „wegen der für die geschäftsunkundigen Kreise bestehenden großen Gefährlichkeit der Ausgabe solcher wichtigen Papiere im öffentl. Interesse dringend geboten" sei. Demnach wohnt der Sanktion des § 145a, der als Schlußbestimmung des Abschn. 7 gedacht ist, zweifellos ein polizeilicher Charakter bei, gleichwie den Strafbestimmungen im: G. btr. Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871 § 6, BankG. v. 14. März 1875 § 55, HGB. § 314 Nr. 4, 5.

Zum Schutze der im BGB. § 795 enthaltenen Norm wurde eine reichsrechtliche Strafsanktion für angemessen gehalten (vgl. Protokolle aO. S. 586). Frühere Landesstrafgesetze, die entsprechende landesgesetzliche Verbote zu schützen bestimmt waren, wie z. B. PrG. v. 17. Juni 1833 § 5, sind nach RV. Art. 2 außer Kraft getreten.

Digitized by Google

2) Nach Abs. 1 des BGB. § 795 dürfen „im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird", nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden, während nach Abs. 2 das. die Zentralbehörde des Bundesstaats, in dessen Gebiet der Aussteller seinen Wohnsitz o. seine gewerbliche Niederlassung hat, für die Erteilung der Genehmigung zuständig ist. Hiernach bezieht das Verbot sich nicht auf im Auslande (§ 8 N. 1, 2) ausgestellte Inhaberpapiere, auch nicht auf solche, die auf andere Leistungen, wie Geld, oder auf unbestimmte Geldbeträge gehen, wie z. B. Gewinnanteilsscheine (§ 149).

3a) Der mit der Strafvorschrift verfolgte Zweck ist nach dem Wortlaut des § 145a für verfehlt zu erachten; denn danach richtet die Strafandrohung sich gegen den, der kumulativ Inhaberpapiere der bezeichneten Art ohne staatliche Genehmigung „ausstellt und in den Verkehr bringt". Veranlaßt ist diese Fassung durch die Erwägung der Kommission (vgl. Protokolle aO. S. 586), es sei bei Aufstellung der Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen, „daß das Verbot des § 795 — vgl. Abs. 2 Halbs. 2 — sich gegen den Aussteller richte"; deshalb seien kumulativ das „Ausstellen" und das „Inverkehrbringen" als Tatbestandsmerkmale festzustellen, wie dies auch in dem N. 1, zit. PrG. sowie dem BadG. v. 5. Juni 1860 § 5 geschehen sei. Allein obschon die Genehmigung zur Verausgabung durch den Aussteller der Inhaberpapiere einzuholen ist, so richtet die Verbotsnorm des Abs. 1 des § 795 sich gegen das Inverkehrbringen (§ 146 N. 6) der fr. Inhaberpapiere beim Fehlen der erforderlichen staatl. Genehmigung, während die bloße Ausstellung nicht verboten ist. Wenn aber das Inverkehrbringen unter den bezeichneten Voraussetzungen als solches verboten ist, so ist nicht erfindlich, warum es nicht auch als solches, abgesehen von der vorangegangenen „Ausstellung", mit Strafe bedroht ist. Nach dem positiven Gesetze ist letzteres jedoch nicht geschehen, vielmehr ist strafbar nur das Ausstellen und Inverkehrbringen in Verbindung miteinander (RG. IV 29. Juni 00 E. 33 329, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 3), so daß ein Dritter, der solche Schuldverschreibungen ohne Wissen und Willen des Ausstellers in Verkehr bringt, unter die Strafandrohung des § 145a nicht fällt.

b) Aus der konjunktiven Verbindung beider Handlungen ist nicht zu folgern, daß das „Inverkehrbringen" mit dem „Ausstellen" in solche unmittelbare Verbindung gebracht sein müsse, daß darunter nur die sog. Emissionstätigkeit zu verstehen sei, daß somit der Aussteller, der nach beendeter Emission Schuldverschreibungen, die er etwa zurückerlangt und dann von neuem in Verkehr gebracht hat, straflos sei. Der Sinn der Vorschrift geht vielmehr dahin, daß der „Aussteller", der solche Schuldverschreibungen ohne die erforderliche staatl. Genehmigung in Verkehr bringt, sich strafbar mache. Auf die Zeit der Ausstellung kommt es sonach nicht an, und die Verjährung beginnt daher erst von der letzten Hdlg. an zu laufen, durch die eine solche Schuldverschreibung in Verkehr gebracht wurde. Berlin OTr. (O. I 443) ist gegenüber dem Ausdruck „Inumlaufsetzen", dessen das PrG. v. 17. Juni 1833 sich bediente und mit dem das jetzt gebrauchte „Inverkehrbringen" offenbar gleichbedeutend sein soll, zur gleichen Auffassung gelangt, wenn es die Ansicht verwirft, daß unter „Inumlaufsetzen" eine Zirkulation im Publikum verstanden werden müsse, vielmehr schon die Aushändigung an einen einzelnen anderen für ausreichend erachtet. AM. zit. RG. E. 33 329, Oppenh.-D. N. 3.

4) Subjekt des Vergehens kann im übrigen ein jeder sein („Wer"), der die nach N. 3 erforderliche doppelte Handlung vornimmt, sei es als Allein- oder als Mittäter (§ 47), in welchem letzteren Falle auch der aus § 145a sich strafbar macht, der äußerlich lediglich den Akt des Inverkehrbringens erfüllt. Daß als Täter nur eine physische Person in Betracht kommen kann, ist bei der in den Rahmen des StGB. eingepaßten Strafbestimmung selbstverständlich (T. I Abschn. 4 N. 6). Für den Fall, daß eine juristische Person (vgl. jedoch Abs. 4 des § 795 BGB. bezüglich der Nichtanwendung der Vorschriften auf Reichs- o. Bundesstaats-Schuldverschreibungen) Ausstellerin ist, muß deshalb die strafrechtl. Verantwortlichkeit ihrer Vertreter nach den allg. Grundsätzen beurteilt werden.

5) Bei der polizeilichen Natur des Verg. (N. 1) ist, da weder der Wortlaut, noch andere Gründe zu einer gegenteiligen Auffassung nötigen, ähnlich, wie im Falle des § 286

Digitized by Google

(vgl. jedoch das. N. 11 über die entgegenstehende GM.) anzunehmen (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4_3), daß § 145a sowohl das vorsätzliche wie das fahrlässige Zuwiderhandeln umfasse. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Handlungen des „Ausstellens" sowohl wie des „Inverkehrbringens" ihrer Natur nach vorsätzliche sind, so daß praktisch nur in Frage steht, ob auch bei einem auf Fahrlässigkt. beruhenden Irrtum darüber, ob die erforderliche staatl. Genehmigung erteilt sei, — so z. B. wenn dies auf Grund einer unbeglaubigten Privatmitteilung angenommen wurde — die Strafbestimmung anzuwenden sei, was nach obigem zu bejahen ist; ebenso: Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 4. Vgl. über die Praxis des ehem. Berlin OAr. btr. das PrG. v. 17. Juni 1833 die weiteren Ausführungen in dieser N. der vorigen Aufl. des Komm.

6) Durch die gegen die unbefugte Ausgabe von „Banknoten und sonstigen auf den Inhaber lautenden unverzinslichen Schuldverschreibungen" gerichtete Strafandrohung des § 55 des BankG. v. 14. März 1875 wird § 145a ausgeschlossen, nicht weil jener die „schärfere Strafbestimmung" enthält, sondern weil es die speziellere Bestimmung ist (§ 73 N. 12_3); Frank N. 1.

7) Die angedrohte Strafe ist Geldstrafe, — die dem fünften Teil eines gewissen Grundwertes (§ 1 N. 10) „gleichkommen kann", — mindestens aber 300 M. beträgt, also unbedingt eine Vergehensstr. (§ 1_2 N. 9_2), die gemäß § 28_2 (das. N. 6a) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden darf.

Die Strafandrohung im § 6 Abs. 1 des G. btr. die Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871 hat augenscheinlich zum Vorbilde gedient, unterscheidet sich aber dadurch nicht unwesentlich, daß dort der fünfte Teil des Grundwertes obligatorisch, nicht bloß fakultativ angedroht ist; ebenso enthielt das PrG. v. 17. Juni 1833 § 5 die obligatorische Androhung, weshalb ihm gegenüber § 145a das mildere Gesetz i. S. des § 2_2 ist.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 4b) in drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit der letzten Hdlg., durch die die Schuldverschreibung in Verkehr gebracht wurde; Oppenh.-D. N. 6.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 74^1.

Achter Abschnitt.

Münzverbrechen und Münzvergehen.

1) Nach der Disposition des Zweiten Teils des StGB. (vgl. 5. Aufl. d. Komm. N. 1 zu T. II) ist der Abschn. 8 den Staatsverbrechen zugezählt. Schon das PrALR. II 20 stellte die Münzverbrechen in den „Von Anmaßungen und Beeinträchtigungen der vorbehaltenen Rechte des Staats" überschriebenen Abschn. 7; der Code pénal Tit. I Chap. III Sect. I strafte sie, wie überhaupt alle Fälschungen, als „crimes et délits contre la paix publique". Auch das PrStGB. reihte im T. II Tit. 7 die Münzverbrechen den Staatsverbrechen an, unter vollständiger Trennung von den Fälschungen im e. S. Diesem Vorgange ist das RStGB. gefolgt, indem den Abschn. 1—7 des T. II der die „Münzverbrechen und Münzvergehen" behandelnde Abschn. 8 angeschlossen, Abschn. 23 aber der Urkundenfälschung gewidmet ist. In Abweichung vom PrStGB. § $243^{3,4}$ zog jedoch § 150 des RStGB. die Fälle des sog. Münzbetruges gleichfalls in den Abschn. 8 hinein, so daß jetzt außerhalb desselben im StGB. nur die §§ 275, 276 einen Tatbestand enthalten, der mit Rücksicht auf § 149 einerseits, auf die häufige Hingabe von Post-Freimarken ꝛc. an Zahlungs Statt andererseits den Münzverbrechen gleichfalls sich hätte anreihen lassen; so: Hälschner 2 572, Schütze S. 300 N. 6; aM. Gerland GS. 59 112. Vgl. jedoch MünzG. v. 9. Juli 1873 Art. 13.

Die Stellung des Abschn. 8 rechtfertigt sich übrigens nicht nur aus dem Gesichtspunkte der Verletzung eines staatlichen Hoheitsrechtes, sondern — im Hinblick auf die Überschrift des unmittelbar vorhergehenden Abschn. — ebenso sehr aus dem der Verletzung der öffentl. Ordnung bzw. der Sicherheit des rechtlichen Verkehrs. Dieser tritt namentl. hervor in der Bestimmung des § 149 sowie des § 4^1 (das. N. 10b); vgl. einerseits: Berner S. 420, Hälsch-

Digitized by Google

ner aO., Merkel S. 363 u. HRl. „Münzverbr.", H. Meyer S. 719, Schütze S. 297 N. 2, andererseits v. Liszt S. 516.

2) Während die §§ 4[1], 139 nur auf Münzverbrechen sich beziehen, ist — abgesehen vom § 152 — die Vorschrift der StPO. § 92 von allgemeiner Bedeutung für Münzverbrechen und Münzvergehen. Außerdem kommen in Betracht die vom Bundesrat erlassenen Bestimmungen über die Behandlung der bei Reichs- und Landeskassen eingehenden:

a. nachgemachten, verfälschten oder nicht mehr umlaufsfähigen Reichsmünzen (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 9. Mai 1876, RGBl. S. 260);

b. nachgemachten und verfälschten sowie beschädigten und unbrauchbar gewordenen Reichskassenscheine (Allg. Verf. des PrJustizministers v. 6. Juni 1876, PrJMBl. S. 119);

c. nachgemachten und verfälschten Reichsbanknoten (Allg. Verf. des PrJustizministers v. 20. März 1877, PrJMBl. S. 54).

3) Die Aufstellung weiterer strafb. Hdlgen gegen das Münzwesen kann durch die Landesgesetzgebung nicht geschehen, da, von der Frage der Regelung der Materie (EG. § 2) ganz abgesehen, RV. Art. 4[3] die ganze Ordnung des Münzsystems und damit auch die Sicherstellung dieser Ordnung durch Strafdrohungen dem Reiche übertragen hat; Binding Hb. 1 322.

§. 146.

Wer inländisches oder ausländisches Metallgeld oder Papiergeld nachmacht, um das nachgemachte Geld als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen, oder wer in gleicher Absicht echtem Gelde durch Veränderung an demselben den Schein eines höheren Werths oder verrufenem Gelde durch Veränderung an demselben das Ansehen eines noch geltenden gibt, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft; auch ist Polizei-Aufsicht zulässig.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein.

PrStGB. § 121. Entw. I § 130, II § 145. StB. S. 631.

1) § 146 handelt von zwei verschiedenen Delikten (so Frank N. 1; aM. Wertheimer Mischgesetze S. 36): von der Falschmünzerei i. e. S., dem „Nachmachen" des Geldes, und von der Münzfälschung, der Verfälschung echten Geldes. Die außerdem noch erwähnte Veränderung von verrufenem Gelde, um ihm das Ansehen eines noch geltenden zu geben, ist begrifflich Falschmünzerei; denn da verrufenes Geld kein Geld mehr ist, so ist jene Handlung ein Nachmachen von Geld unter Benutzung eines eigentümlichen Materials; Berner S. 423, Merkel HH. 3 217, Schütze S. 301 N. 9.

2) Falschmünzerei und Münzfälschung beziehen sich auf „Geld", d. h. nach Hartmann, Geld u. Geldschulden S. 52, auf diejenige „Materie, welche rechtlich die ordentliche Bestimmung hat, als eventuell letztes zwangsweises Solutionsmittel zu dienen". Welcher Art die Materie sei, ist gleichgültig; es ist deshalb gleichermaßen Metallgeld wie Papiergeld Gegenstand jener beiden verbrecherischen Handlungen, abgesehen davon, daß nach § 149 dem Papiergelde gewisse andere Papiere gleichgeachtet werden. Gleichgültig bleibt ferner, ob das Geld inländisches oder ausländisches (§ 8 N. 3a) ist, so daß infolge der Bestimmung des § 4[1] auch ein Ausländer wegen eines im Auslande bezüglich ausländischen Geldes begangenen Münzverbr. bestraft werden kann; § 4 N. 10b.

Aus obigem folgt, daß das Kurshaben für den Begriff des Geldes bedeutungslos ist; so kann Münzfälschung an ausl. Gelde auch dann verübt werden, wenn sein Umlauf auf Grund des MünzG. v. 9. Juli 1873 Art. 13[1] im Inl. verboten ist (Binding Lb. 2 313, Hälschner 2 573, Frank Abschn. 8 N. 1, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3, Gerland GS. 59 131), während Falschmünzerei von verrufenem Gelde als solche auch dann nicht strafbar ist (vgl. jedoch N. 9), wenn es tatsächlich noch Kurs hat, da es seine Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel und somit als Geld verloren hat. So: Binding aO., Hälschner aO., H. Meyer S. 721, Frank aO., Schütze S. 299 N. 5, 301 N. 9, Rubo N. 3, Gerland aO. S. 132. AM.: Merkel HH. 3 220 N. 1, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3,

Digitized by Google

v. Schwarze N. 4. Anders aber als mit dem verrufenen Gelde verhält es sich mit einer Münze, der zwar die Eigenschaft als Zahlungsmittel im allg. Verkehr benommen, jedoch den Einlösungskassen gegenüber noch belassen ist, bzgl. btr. solcher Münzen, die das sog. Passiergewicht verloren haben; Binding aO. S. 314.

3) Die Falschmünzerei erfordert ein Nachmachen echten Geldes. Es folgt daraus, daß, wenn — was tatsächlich zu beurteilen ist — das Produkt der Tätigkeit nicht den „Schein", das Ansehen von Geld erregt, nicht ein Nachmachen, sondern höchstens ein Versuch dessen stattgefunden hat; so die GM., insbs. RG. I 27. März 82 E. 6 142, es reiche hin, daß die Beschaffenheit der falschen Münze im gewöhnlichen Verkehr, den Arglosen zu täuschen, imstande sei; aM. Hälschner 2 574 u. v. Schwarze S. 447, die Möglichkeit der Täuschung irgend jemandes sei gleichgültig, auch Binding Lb. 2 315, der aber verlangt, daß die nachgemachten Stücke unbedingt mit einer Nachahmung des Prägezeichens versehen sein müßten. Lediglich deshalb, weil echtes Geld in der Höhe der angefertigten falschen Münze, z. B. als Vierzigmarkstück, nicht existiert, wird die Anwendbarkeit des § 146 nicht ausgeschlossen; so: Binding aO., v. Liszt S. 517; aM.: Frank N. 1 1, Oppenh.-D. N. 3, Gerland GS. 59 145, der jedoch S. 151 in unzutreffender Weise unterscheidet.

Ein Nachmachen, wenngleich unter Benutzung eines eigentümlichen Materials, liegt einmal bei dem sog. Ausschälen vor, wenn falsche Münzen unter Benutzung der abgetrennten Außenseiten echter Münzen hergestellt werden (so: Berner S. 422, Binding aO. S. 327, Gerland aO. S. 147; aM.: Hälschner 2 582 N. 2, Oppenh.-D. N. 8, die § 150 anwenden), dann aber auch, wenn bereits kursierende falsche Münzen so verändert werden, daß sie dadurch entweder überhaupt erst den Schein des Geldes erregen oder wenigstens den Anschein eines höheren Wertes erlangen; Binding aO. S. 315, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze S. 447, Gerland aO. S. 146.

4) Das Nachmachen von Geld, gleichgültig ob von einzelnen oder von mehreren Stücken, ist als Falschmünzerei strafbar, wenn es geschieht, „um das nachgemachte Geld als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen". Aus den Worten des zweiten Satzes dieses §. „in gleicher Absicht" ergibt sich klar, daß das „um — zu" hier die Bedeutung von „in der Absicht" hat, d. h. es bezeichnet zwar nicht „den Endzweck der verbrecherischen Tätigkeit überhaupt" (Binding Normen 2 597), also auch nicht das Motiv (so jedoch v. Liszt S. 517 „Beweggrund"), wohl aber eine auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Tätigkeit, so daß der Wille des Täters gerade auf das Inverkehrbringen des nachgemachten Geldes gerichtet sein muß (so auch wohl Binding aO., der Vorsatz, sofern er auf den Endpunkt des Deliktes gerichtet sei, werde bezeichnet; vgl. auch Lb. 2 318), insoweit folglich ein bloß eventueller Dolus (§ 59 N. 6) nicht ausreicht; vgl. § 263 N. 49. Fehlt jene Absicht, so kann bei Nachbildung von Papiergeld eine Übertr. aus § 360[6] vorliegen.

5) Ausweislich des Wörtchens „sonst" kommt die Absicht, das nachgemachte Geld als echtes „zu gebrauchen", nur in Betracht, falls in dem beabsichtigten Gebrauch ein „Inverkehrbringen" liegen würde, welche Auffassung durch die folgenden §§. insofern bestätigt wird, als in diesen nur von letzterem die Rede ist; so: Berner S. 423, Binding Lb. 2 319, Hälschner 2 576, v. Liszt S. 518, H. Meyer S. 721, Frank N. 11, Thomsen, Gerland, Oetker, GS. 30 427, 59 155, 64 135. Die Gegner dieser Ansicht legen dem „Gebrauchen" eine weitere Bedeutung bei; so: Stuttgart 18. Dez. 73 St. 4 25, Merkel S. 364 u. HH. 3 222, Rüd.-St. N. 4, namentl. aber auch RG. II 28. Mai 86 E. 14 161 (obschon zuzugeben sei, daß die Fassung des § 146 zu Bedenken Anlaß gebe, so finde dennoch die entgegenstehende Ansicht in dem Wortlaute des § 146 ihre Widerlegung, der das „Gebrauchmachen" neben dem „Inverkehrbringen" erwähne; demnach sei auch die Nachmachung von Geld, um es als echtes zu gebrauchen, von dem Wortlaut der Vorschrift umfaßt; diese Auffassung finde in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift bzw. des § 121 PrStGB. ihre Bestätigung, während innere Gründe, die eine Einschränkung auf die Absicht des Inverkehrbringens rechtfertigten, nicht erfindlich seien; sonach falle auch die Nachmachung von

Digitized by Google

Geld behufs Krediterlangung durch Vorweisung des gefälschten Stückes unter § 146). Einzelne wollen deshalb das „Inverkehrbringen" auch in den übrigen §§. dieses Abschn. in einem weiteren S. verstehen; so: Schütze S. 302 N. 13, Oppenh.-D. N. 9 u. § 147 N. 2.

Danach ist das „Gebrauchen" nur eine Spezies (Exemplifikation) innerhalb des generellen Begriffes des „Inverkehrbringens"; so: RG. I 13. Dez. 80 E. 3 119, Binding aO. N. 3, v. Schwarze N. 3 u. § 147 N. 4, Gerland aO., sowie merkwürdigerweise auch Merkel und Schütze; aM. v. Wächter S. 466, der umgekehrt aus dem „Gebrauchen" und „sonst" auf eine weitere Bedeutung des „Inverkehrbringens" schließt; auch v. Liszt S. 517 generalisiert die erforderliche verbrecherische Absicht als „Verbreitungsabsicht" (s. jedoch § 147 N. 3 b).

6) „In Verkehr gebracht" (vgl. §§ 145 a, 324, 326) wird ein Gegenstand, wenn sein Inhaber ihn derartig aus seinem Gewahrsam läßt, daß ein anderer daran die freie Verfügung erlangt (vgl. noch § 147 N. 1_3). Deshalb liegt die im Gesetze verlangte Absicht vor, wenn die Falschmünzerei geschah, um das nachgemachte Geld einem Dritten, auf dessen Bestellung oder ohne solche, zur Verwertung zu übergeben (Merkel HH. 3 221, Oppenh.-D. N. 10, Thomsen GS. 30 427), oder um damit eine in genere zurückzugebende Sicherheit zu bestellen, oder um es an einen Münzsammler zu verkaufen (so: Binding Lb. 2 320, Gerland GS. 59 160; aM.: Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 9). Dagegen ist sie als vorliegend nicht anzunehmen, wenn das nachgemachte Geld behufs Verübung eines Betruges nur vorgezeigt (so: Geyer 2 98, v. Liszt S. 518, Oppenh.-D. N. 9), oder wenn mit ihm, z. B. nachgemachten Geldpapieren i. S. des § 149, eine in specie zurückzugebende Sicherheit (ein Pfand) bestellt werden soll; so Frank N. 11; aM. im allg.: v. Wächter S. 466 (jeder Gebrauch des Geldes, wodurch dasselbe in seiner Funktion als Geld in Verkehr kommen soll), v. Schwarze S. 499 (sobald das Geld, wenn auch nicht in Verkehr gebracht, so doch als echtes gebraucht werden solle; s. jedoch o. N. 5_2) sowie hinsichtlich des letzteren Punktes außer v. Wächter: Binding aO., Merkel HH. 3 221, Oppenh.-D. N. 9, Thomsen aO. S. 429, Gerland aO.

7) Eine weitergehende Absicht als die N. 4—6 charakterisierte wird nicht erfordert, namentl. nicht die Absicht, „sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen", weshalb auch für den Verbrechenstatbestand der Metallwert des nachgemachten Geldes nicht in Betracht kommt; so die GM. Selbst wenn das nachgemachte Metallgeld dem echten gleichwertig ist, wird dennoch durch die Falschmünzerei nicht nur das Recht des Staates verletzt, sondern auch — wie Berner S. 422, Hälschner 2 575 u. Merkel HM. „Münzverbr." hervorheben — die Sicherheit des Verkehrs gefährdet, da diese von der Echtheit des Ursprungszeichens abhängt (Abschn. 8 N. 1).

8) Die Münzfälschung erfordert ein Verfälschen (§ 267 N. 25) echten Geldes und zwar in der Weise, daß ihm durch Veränderung der Schein eines höheren Werts gegeben wird. Die Veränderung braucht, da sie ihrer Art nach vom Gesetz nicht näher bestimmt ist, beim Metallgelde weder das Gepräge noch den Gehalt zu ergreifen, sondern liegt z. B. auch schon in dem Überreiben einer Kupfermünze mit Quecksilber. So: Berlin 19. Sept. 72 O. 13 463, Binding Lb. 2 317, Hälschner 2 575, H. Meyer S. 721 N. 9, Frank N. 1 2a, Oppenh.-D. N. 7. AM. Berner S. 422, es liege keine Münzflschg. vor, weil das weder am Gepräge noch am Gehalt gefälschte Münzstück ein richtiges bleibe. Wird jedoch durch eine solche Operation der „Schein" des höheren Werts nicht hervorgerufen, so liegt nur eine versuchte Münzflschg. vor; so die GM. bis auf v. Schwarze; vgl. o. N. 3. Auch hier ist es übrigens Tatfrage, ob jener Schein hervorgerufen wird, doch schließt die Möglichkeit selbst eines leichten Erkennens des Geldes in seinem wahren Werte nicht aus, daß jener Schein bewirkt sei (vgl. das zit. Berlin), auch läßt sich nicht behaupten, daß der Schein des höheren Wertes dann nicht hervorgerufen werden könne, wenn es echte Stücke des durch die Verfälschung bezeichneten Wertes nicht gebe, so daß dieser Umstand gleichgültig erscheint (N. 3_1); so: Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 5; aM. Merkel HH. 3 220.

Zur Münzflschg. wird die „gleiche Absicht" wie bei der Falschmünzerei gefordert (N. 4), womit gesagt sein soll, daß die Fälschung geschehen müsse, um das verfälschte Geld als mehrwertig in Verkehr zu bringen.

Vgl. im übrigen die auch hier zutreffenden Bemerkungen der Noten 4—7.

Digitized by Google

9) Die Veränderung verrufenen Geldes, wodurch ihm das Ansehen (N. 3, 8) eines noch geltenden gegeben wird, obgleich begrifflich Falschmünzerei (N. 1; so auch v. Liszt S. 517), stellt das Gesetz mit der Münzfälschg. zusammen. So verändertes Geld ist i. S. des Gesetzes gleichfalls „verfälschtes"; Frank N. 1 2b, Oppenh.-D. § 147 N. 1. Aus den Worten des Gesetzes selbst ergibt sich, daß unter „verrufenem Gelde" verstanden wird „nicht mehr geltendes Geld".

Dem verrufenen Gelde stehen übrigens ausl. Prämienpapiere, denen durch einen falschen Stempel der Schein der Umlaufsberechtigg. im Inl. verliehen ist (G. v. 8. Juni 1871), nicht gleich; RG. I 11. Apr. 92 E. 23 50.

10) Das Verbr. aus § 146 (wg. der Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1c) ist vollendet mit dem Nachmachen bzw. Verfälschen in der erwähnten Absicht (N. 4, 8$_2$); das Inverkehrbringen selbst gehört nicht zum Tatbestande, so daß der Täter nach dem Nachmachen 2c. strafbar bleibt, wenn er auch die verbrech. Absicht aufgibt, sowie wegen vollendeten Verbr. zu bestrafen ist, obschon das nachgemachte Geld beim Versuche der Verausgabung als falsches erkannt wird; v. Liszt S. 518, v. Wächter S. 464. Ein Versuch des Verbr. (§ 43) ist aber denkbar in der Weise, daß das Nachmachen o. Verfälschen begonnen sein kann, ohne daß es auch nur btr. eines einzelnen Geldstückes (N. 11) beendigt wurde; Hälschner 2 576.

Durch das „Inverkehrbringen" selbst wird die verbrecherische Absicht lediglich verwirklicht; deshalb entbehrt das „Inverkehrbringen" der juristischen Selbständigkeit und stellt nicht eine selbständige strafb. Hdlg. dar, vielmehr wird die Realisierung der Absicht mit durch die Bestrafung des Verbr. aus § 146 abgegolten; so: Binding Hb. 1 557 N. 42, Merkel HH. 3 222 N. 15, Frank N. V, Oppenh.-D. N. 11; aM.: Hälschner 2 589, Gerland GS. 59 166. Für zweifellos wird die Frage nicht erachtet werden dürfen.

11) Daß das Nachmachen bzw. Verfälschen verschiedener Geldstücke nicht soviele selbständige Hdlgen i. S. des § 74 bildet, wird bereits durch den Gebrauch des Wortes „Geld" angedeutet (§ 73 N. 7b); Hälschner 2 576, v. Liszt S. 238, v. Wächter S. 465, Frank N. IV, Gerland GS. 59 164, sowie Binding Hb. 1 557, insbs. N. 41, der (übrigens unrichtig) „die Zahl der durch je ein Fälschungsverfahren nachgebildeten Münzarten über die Zahl der Verbrechen entscheiden" läßt; ebenso Lb. 2 323, wo als weiterer Fall der Realkonk. hingestellt wird, wenn Täter zu verschiedenen Zeiten die gleiche falsche Sorte neu geschaffen u. jedesmal in Verkehr gebracht habe.

Wegen des Verhältnisses zum Betrug vgl. § 263 N. 56c und zur Urkundenfälschung § 267 N. 51a.

12a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchthaus von 2—15 J. (§ 14$_2$). Die für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängnis von 1 J.—5 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann erkannt werden: α. neben Zuchth. ZulPolAuff. (§§ 38 f., insbs. § 38 N. 4), β. neben Zuchth. und Gef. nach § 32 PrER.

b) Der Versuch (N. 10) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_1$ in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73$^{2-7}$, 136^1.

§. 147.

Dieselben Strafbestimmungen finden auf denjenigen Anwendung, welcher das von ihm auch ohne die vorbezeichnete Absicht nachgemachte oder verfälschte Geld als echtes in Verkehr bringt, sowie auf denjenigen, welcher nachgemachtes oder verfälschtes Geld sich verschafft und solches entweder in Verkehr bringt oder zum Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande einführt.

PrStGB. § 122. Entw. I § 131, II § 146.

1) Der erstere der beiden Mischtatbestände dieses, den sog. Münzbetrug (gegen diese Bezeichnung Binding Lb. 2 323 N. 4) behandelnden §. hat mit dem des § 146 insofern enge Berührung, als auch hier der Täter „Geld" (§ 146 N. 2) „nachgemacht

Digitized by Google

oder verfälscht" (§ 146 N. 3, 8) haben muß. Da jedoch die im § 146 (das. N. 4) erforderte Absicht bei dieser Tätigkeit nicht vorgelegen haben muß, so wird ein nachfolgender Dolus erfordert: der Täter muß jenes Geld „als echtes" in Verkehr gebracht haben. Anscheinend wird es zwar nach den Worten „auch ohne die vorbezeichnete Absicht" für gleichgültig erklärt, ob diese beim Nachmachen vorgelegen habe oder nicht; da aber in jenem Falle ohne weiteres die Strafbestimmungen des § 146 Platz greifen, so ist das „auch" an dieser Stelle auf einen Redaktionsfehler zurückzuführen; so: Binding Lb. 2 323 N. 5 („auch" hätte hinter „finden" stehen sollen), Hälschner 2 577 N. 2, v. Liszt S. 518, („auch" sei gleich „aber"), H. Meyer S. 722 N. 14, Schütze S. 303 N. 14, Oppenh.-D. N. 3, Gerland GS. 59 241. AM. v. Wächter S. 466, das „auch" sei weder überflüssig noch unrichtig. Wg. „Inverkehrbringen" ist lediglich auf § 146 (das. N. 6 bzw. 5) zu verweisen; so: Frank N. 1 1, Gerland aO. S. 243, auch Oppenh.-D. N. 2 (freilich in einem anderen Sinne); aM. Merkel HH. 3 222, es sei hier in einem engeren S. als im § 147 zu verstehen.

Da Spielmarken an sich kein „nachgemachtes oder verfälschtes Geld" sind, so sind sie auch keine zur Begehung dieses Münzverbr. geeignete Mittel; RG. I 27. März 82 E. 6 142, München 8. Okt. 75 St. 5 298. Wer Spielmarken in gewinnsüchtiger Absicht als echtes Geld in Verkehr bringt, begeht vielmehr einen Betrug; es sei denn, daß echtes Geld in der Absicht nachgemacht wurde, die Falsifikate als Spielmarken zu benutzen u. diese später als echt in Verkehr gebracht werden; Gerland aO. S. 242.

Durch das Anbieten unechten Geldes zur Zahlung ist dessen Inverkehrbringen nicht vollendet, sondern nur versucht (§ 43). So: Stuttgart 18. Dez. 73 St. 4 25, Hälschner 2 577, H. Meyer S. 722, v. Wächter S. 465, Frank N. 1 1, Gerland aO. S. 245. AM.: Merkel HH. 3 223, Oppenh.-D. N. 2.

2) Der zweite Mischtatbestand setzt voraus, daß der Täter nachgemachtes oder verfälschtes Geld „sich verschafft", d. h. mit Kenntnis des Umstandes, daß es nachgemacht 2c. sei, vorsätzlich in dessen Besitz sich gesetzt habe; so die GM., insbs.: RG. I 27. März 82 E. 6 142, Berlin 30. Mai 76 St. 6 222. Wie der Täter das Geld sich verschafft hat, ob er mit dem Fälscher in Verbindung stand oder nicht, ist unerheblich; Binding Lb. 2 324, v. Wächter S. 466, Gerland GS. 59 249.

Bei dem Sichverschaffen brauchte eine weitere Absicht, namentl. eine auf ein Inverkehrbringen des Geldes oder Einführen in das Inland gerichtete, nicht vorzuliegen; so die GM.

Ob in dem Sichverschaffen von nachgemachtem Gelde ein Versuch des Verbr. (§ 43) zu finden, ist Tatfrage und hängt wesentlich davon ab, ob damit die Absicht verbunden war, es in Verkehr zu bringen 2c.; behufs Annahme eines Versuchs ist keineswegs erforderlich, daß auch hiermit schon der Anfang gemacht sei; vgl. § 43 N. 12 ff. So: Hälschner 2 578, Frank N. 1 2, Oppenh.-D. N. 9, v. Schwarze S. 448. AM.: Merkel HH. 3 224, Schütze S. 303 N. 15, v. Wächter S. 466, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 8, Gerland aO. S. 257.

3) Der zweite Mischtatbestand gliedert sich weiter, indem unter der bezeichneten Voraussetzung (N. 2) für strafbar erklärt wird:

a. wer „solches Geld in Verkehr bringt" (§ 146 N. 6); es genügt zur Erfüllung des Tatbestandes, wenn auch nur ein einzelnes Geldstück in Verkehr gebracht wird (s. jedoch N. 5). Es wird hier aber objektiv nicht erfordert, daß der Täter das Geld als echtes in Verkehr gebracht habe (so: RG. II 30. Apr. 80 E. 1 408, v. Liszt S. 518, Oppenh.-D. N. 11; aM.: Binding Lb. 2 324, Hälschner 2 578, es sei dies offenbar die stillschw. Voraussetzung, v. Schwarze N. 7, Gerland GS. 59 253; vgl. übrigens § 150 N. 3), so daß namentl. auch derjenige dem Strafgesetze verfällt, der unechtes Geld sich verschafft und solches einem Dritten, gegen oder ohne Entgelt, überläßt. Dabei ist freilich auch hier als Dolus vorausgesetzt, daß das nachgemachte 2c. Geld als echtes in Verkehr gelange, woraus sich ergibt, daß ein strafb. Versuch nicht denkbar ist, wenn nicht der Täter den Entschluß gefaßt hat, nachgemachtes Geld sich zu verschaffen in der Absicht, daß es als echtes in Verkehr gelange; es liegt deshalb nur ein Betrugsversuch (§§ 263, 43) vor, falls jemand zwar zahlungshalber ein Zinnstück hingibt, jedoch ohne es seinerseits als nachgemachtes

Digitized by Google

Geldst. i. S. des § 147 anzusehen und ohne den Entschluß gehabt zu haben, es als solches sich zu verschaffen und in Verkehr zu bringen; RG. zit. E. 1 408, IV 20. Mai 87 E. 16 111;

b. wer „solches Geld zum Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande einführt". Begrifflich decken „Verbreitung" (§ 110 N. 10) und „Inverkehrbringen" sich nicht, indem weder jedes Inverkehrbringen gleichzeitig ein Verbreiten ist, da zu jenem schon die Hingabe an eine Person genügt, noch jedes Verbreiten gleichzeitig ein Inverkehrbringen, da bei jenem die Aufgabe der eigenen Verfügungsgewalt nicht vorzuliegen braucht, — dennoch wird tatsächlich Geld durch ein „Verbreiten" auch „in Verkehr gebracht" werden, nicht aber jedes Inverkehrbringen gleichzeitig ein Verbreiten sein, dann nämlich nicht, wenn es nur um ein einzelnes oder um einzelne Stücke Geldes sich handelt. Deshalb bedingt dieser Tatbestand, daß die Quantität unechten Geldes, das der Täter sich verschafft hat, eine größere sei. So Hälschner 2 579. AM.: v. Liszt S. 518 (Verbrtg. bezeichne auch hier jene Hdlgen, durch welche das Geld in Verkehr gebracht werde), Oppenh.-D. N. 11 (Verbrtg. sei hier gleichbedeutend mit Verausgaben), v. Schwarze N. 8. Der „Zweck" der Verbrtg. ist selbstverständlich nicht der Endzweck der verbrech. Tätigkeit überhaupt; vielmehr ist „zum Zwecke" gleichbedeutend mit „in der Absicht" (§ 146 N. 4); Gerland aO. S. 262; vgl. Binding Grundr. S. 59 N. 6. Das Geld muß „aus dem Auslande" (§ 8; so auch Finger 1 168 N. 206, Gerland aO. S. 260), also in das Inl., „eingeführt" werden. Deshalb kann der vollendete Tatbestand dieses Münzverbr. nicht seinem vollen Umfange nach im Ausl. begangen werden (§ 4 N. 10b); Schütze S. 300 N. 7, Oppenh.-D. N. 12. Übrigens liegt in diesem Erfordernisse keineswegs, daß der Vorsatz auf eine Verbrtg. im Inl. gerichtet sein müsse; wer in Paris unechtes russisches Papiergeld sich verschafft und dieses behufs Verbrtg. in Rußland auf der Durchreise durch Deutschland mit sich führt, verstößt gegen § 147; so: RG. II 11. Juli 82 E. 6 441, Hälschner 2 580, v. Liszt aO., Oppenh.-D. N. 12, Gerland aO. S. 263; aM. Binding Lb. 2 325, die Absicht der „Einführung" werde durch die der bloßen „Durchführung" ausgeschlossen.

4) Das Verbrechen aus § 147 (wegen der Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1c) ist vollendet teils mit dem Inverkehrbringen (N. 1, 3a), teils mit der Einfuhr (N. 3b) des Geldes; Binding Lb. 2 324, v. Liszt S. 518, v. Wächter S. 466.

Ein Versuch des Verbr. (§ 43) ist denkbar; vgl. oben N. 1_3, 2_3, 3b.

5) Jeder der Mischtatbestände des § 147 zerfällt in verschiedene Einzelakte, so der erstere in das Nachmachen bzw. Verfälschen von Geld und in dessen Inverkehrbringen, der zweite in das Sichverschaffen von falschem Geld und in dessen Inverkehrbringen bzw. Einführen. Es können nun die nachfolgenden Akte des Inverkehrbringens bzw. Einführens wiederum sich teilen, indem die nachgemachten 2c. Quantitäten Geldes in Teilbeträgen in Verkehr gebracht 2c. werden; dadurch wird die Einheitlichkeit der — lediglich sich fortsetzenden (§ 73 N. 6) — strafb. Hdlg. nicht aufgehoben, vielmehr ist der Ausdruck „Inverkehrbringen" ein Kollektivbegriff, der gerade andeutet, daß meist mehrere Einzelakte zur Verwirklichung der entsprechenden Willensrichtung dienen (§ 73 N. 7b); RG. I 4. Dez. 79 E. 1 25, Binding Hb. 1 557 N. 42 u. Lb. 2 324, Hälschner 2 580, Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 13 (so statt 15), v. Schwarze S. 449, Gerland GS. 59 259. Mit Recht geht aber Hälschner aO. noch weiter, indem er auch dadurch, daß das Nachmachen, Verfälschen bzw. Sichverschaffen nicht auf einmal, sondern in einer Mehrheit von Akten geschah, die fortgesetzte Hdlg. nicht unbedingt für ausgeschlossen erachtet.

Wg. des Verhältnisses zum Betruge vgl. § 263 N. 56c u. zur Urkundenfälschg. § 267 N. 51a.

6) Wegen Strafe, Verjährung der Strafverfolgung und Zuständigkeit vgl. § 146 N. 12, 13.

§. 148.

Wer nachgemachtes oder verfälschtes Geld als echtes empfängt und nach erkannter Unechtheit als echtes in Verkehr bringt, wird mit Gefängniß bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Digitized by Google

PrStGB. § 123. Entw. I § 132, II § 147.

1) Die nächste Voraussetzung dieses Münzverg. ist, daß der Täter „nachgemachtes oder verfälschtes Geld" (§ 147 N. 1) als „echtes empfangen" habe; hierdurch wird der Gegensatz zu dem Sichverschaffen des § 147 (das. N. 2) bezeichnet. So: H. Meyer S. 722, Schütze S. 304 N. 17, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2. AM.: Berner S. 424, Binding Lb. 2 329, Hälschner 2 581, v. Liszt S. 518, Merkel HH. 3 224, v. Wächter S. 467, Frank N. 1 2, Gerland GS. 59 270, das Empfangene setze ein Geben seitens eines anderen voraus u. liege deshalb nicht vor, wenn das Geld gestohlen, geraubt oder gefunden worden.

2) Weiter muß der Täter das Geld „als echtes in Verkehr bringen" (§ 146 N. 6) und zwar „nach erkannter Unechtheit", d. h. nach erlangter subjektiver Überzeugung von der Unechtheit; Binding Lb. 2 329, Rüd.-St. N. 2. Nach der Wortfassung des Gesetzes genügt insoweit ein bloßer eventueller Dolus (§ 59 N. 6) nicht; diese Abweichung von der Regel wird darin ihren Grund haben, daß erfahrungsmäßig häufig unbegründete Zweifel bezüglich der Echtheit einer Münze auftauchen, so daß das Vorliegen eines Zweifels, der oft nur durch Techniker entschieden werden kann, zur Begründung der Strafbarkeit nicht ausreichend erscheint; so: Frank N. II, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3, Gerland GS. 59 272; aM.: Schütze S. 304, auch H. Meyer S. 722 (wenn auch bloßer Zweifel nicht genüge).

3) Wegen des, nach Abs. 2 strafbaren, Versuches (§ 43) vgl. § 147 N. 4_2.

4) Wg. des Verhältnisses zum Betruge vgl. § 263 N. 56c u. zur Urkundenfälschg. § 267 N. 51a.

5) Die Strafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—3 Mt. (§ 16) oder Geldstr. von 3—300 M. (§ 27); die für den Fall der Unbeibringlichkeit an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Wegen Einziehung vgl. § 152.

Der Versuch (N. 3) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, strafbar.

§. 149.

Dem Papiergelde werden gleich geachtet die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, Banknoten, Aktien oder deren Stelle vertretende Interimsscheine oder Quittungen, sowie die zu diesen Papieren gehörenden Zins-, Gewinnantheils- oder Erneuerungsscheine, welche von dem Reich, dem Norddeutschen Bunde, einem Bundesstaate oder fremden Staate oder von einer zur Ausgabe solcher Papiere berechtigten Gemeinde, Korporation, Gesellschaft oder Privatperson ausgestellt sind.

PrStGB. § 124. Entw. I § 133, II § 148. StB. S. 631, 1169.

Vgl. § 360 4a.

1) Durch § 149 werden für die in den §§ 146—148 bezeichneten Münzdelikte gewisse auf den Inhaber lautende Geldpapiere sowie die dazu gehörenden „Zins-, Gewinnanteils- o. Erneuerungsscheine" dem Papiergelde „gleichgeachtet" (vgl. § 311). Daß der Ausdruck „auf den Inhaber lautend" nicht nur auf die Schuldverschreibungen, sondern auf sämtliche der genannten Wertpapiere bezogen werden muß, wird durch die Natur der Sache geboten, da nur ein auf den Inhaber lautendes Geldpapier dem Papiergelde sich nähert; Rüd.-St. N. 1. Die Streitfrage, die früher an die Außerkurssetzung der Inhaberpapiere sich knüpfte, hat nach Art 176 EGBGB. ihre Bedeutung verloren.

Ein Geldpapier lautet nur dann „auf den Inhaber", wenn es auf ihn ausgestellt ist, während ein auf den Namen einer bestimmten Person ausgestelltes, dagegen an den Inhaber übertragbares Papier — z. B. ein Wechsel (vgl. WO. Artt. 4^2, 12, 96^3) — ein solches nicht ist. So die GM.

2) Die Gleichachtung mit dem Papiergelde findet unbedingt statt, wenn die Geldpapiere von einem heimischen oder fremden Staatswesen ausgestellt sind. Bei der

Digitized by Google

Redaktion des StGB. für den NDB. als StGB. für das DR. (S. 3) wurden an dieser Stelle die Worte „dem Reich" nicht den Worten „dem NDB." substituiert, sondern hinzugefügt, weil es damals noch auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen des NDB. gab, die selbst nach der Errichtung des DR. nicht die Eigenschaft von Schuldverschreibungen des letzteren erlangten; vgl. Motive zum G. v. 15. Mai 1871, Aktenst. 1871 Nr. 89. Auch nach Tilgung jener Schuldverschreibungen des NDB. sind die Worte „dem NDB." nicht völlig bedeutungslos geworden, indem den verfallenen Schuldverschreibungen — also den dem verrufenen Papiergelde gleichzuachtenden Geldpapieren — möglicherweise durch Veränderung an ihnen das Ansehen noch geltender Schuldverschreibungen gegeben werden kann. Übrigens wird durch jene Nebeneinanderstellung ersichtlich, daß § 149 durch das G. v. 15. Mai 1871 nicht bloß eine andere formelle Redaktion, sondern auch eine *materielle* Abänderung erfahren hat.

3) Die von anderen *juristischen oder von Privat-Personen* ausgestellten Inhaber-Geldpapiere werden jedoch nur dann dem Papiergelde gleichgeachtet, wenn jene „*zur Ausgabe solcher Papiere berechtigt*" waren. Die Berechtigung selbst ist auf Grund der Reichs- u. Landesgesetze zu prüfen; Schütze S. 300 N. 6, Oppenh.-D. N. 4, Gerland GS. 59 139. Von Reichsgesetzen kommen namentl. in Betracht: BGB. § 795 btr. der im Inl. ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber; G. v. 8. Juni 1871 btr. Inhaberpapiere mit Prämien bezüglich der Schuldverschreibungen im allgemeinen; BankG. v. 14. März 1875 bezüglich der Banknoten; die Bestimmungen des HGB. Buch II Abschn. 3 §§ 178 ff. bezüglich der Aktien.

Im schwurgerichtl. Verfahren ist die Frage, ob die Gemeinde 2c. zur Ausgabe des Geldpapieres berechtigt sei, von den Geschworenen zu beantworten; Oppenh.-D. N. 6.

4) Wg. des *Verhältnisses* zur Urkundenfischg. vgl. § 267 N. 51a.

§. 150.

Wer echte, zum Umlauf bestimmte Metallgeldstücke durch Beschneiden, Abfeilen oder auf andere Art verringert und als vollgültig in Verkehr bringt, oder wer solche verringerte Münzen gewohnheitsmäßig oder im Einverständnisse mit dem, welcher sie verringert hat, als vollgültig in Verkehr bringt, wird mit Gefängniß bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 243[24]. Entw. I § 239[24], II § 149. StB. S. 631.

1) Die beiden das sog. Kippen und Wippen betreffenden *Mischtatbestände* (Wertheimer Mischgesetze S. 37, bezügl. des Vorsatzes seien, trotz gleicher Hdlg. in zwei Fällen, drei Tatbestände zu unterscheiden) haben eine gewisse Ähnlichkeit mit denen des § 147.

a) Zunächst der *erstere* mit dem, der auch im § 147 vorangestellt ist, insofern dem „Nachmachen" bzw. „Verfälschen" von Geld das „Verringern" von Metallgeldstücken (das Kippen) und dem Inverkehrbringen „als echtes" das Inverkehrbringen „als vollgültiges" (das Wippen) entspricht. Mittel des hier vorgesehenen Münzverg. sind echte, zum Umlauf bestimmte Metallgeldstücke, welche auf irgendeine Art, sei es mechanisch durch Beschneiden o. Abfeilen, sei es chemisch, verringert und also ihres vollen Metallwertes verlustig gemacht sind. Wg. des sog. *Ausschälens* vgl. § 146 N. 3$_2$.

b) Der *zweite Mischtatbestand* entspricht dem zweiten des § 147 insofern, als hier das Nachmachen des Geldes, dort das Verringern der Metallgeldstücke durch einen Dritten (den Kipper) bewirkt sein muß. Eine „*verringerte*" Münze ist übrigens nach dem Sprachgebrauch des StGB. (§§ 147, 148) nicht eine „verfälschte" Münze; vgl. Gerland GS. 59 275.

2) Bei jedem der *beiden Tatbestände* des § 150 besteht der zweite Akt des Handelns darin, daß die verringerten Münzen „*in Verkehr gebracht*" werden (vgl. §§ 146

Digitized by Google

N. 6, 147 N. 1), und zwar als „vollgültig". Hieraus folgt, daß jemand, der derartige Metallstücke als minderwertige in Verkehr bringt, der Strafbestimmung nicht verfällt, gleichgültig ob er dabei verschwieg, daß er sie selbst verringert bzw. daß er solche behufs gewohnheitsmäßigen Inverkehrbringens sich verschafft habe; Berner S. 425, Binding Lb. 2 327. Die verringerten Münzen können auch mittels schlüssiger Handlung als „vollgültige" in Verkehr gebracht werden, so wenn sie ohne weitere Bemerkung mit Kenntnis ihrer Eigenschaft verausgabt werden; zutreffend bemerkt aber Binding aO., daß das strafb. Inverkehrbringen nicht in Täuschungsabsicht zu geschehen brauche.

3) Für den zweiten der Mischtatbestände (N. 1 b) wird noch besonders erfordert, daß der Täter (der sog. Wipper) die verringerten Münzen entweder „gewohnheitsmäßig" (vgl. § 260 N. 3 ff.) oder „im Einverständnisse" mit dem Kipper in Verkehr bringe, also jedenfalls in Kenntnis von der stattgehabten Verringerung der Münzen.

4) Im Falle einer Beihilfe (§ 49) zu dem gewohnheitsm. Münzverg. findet § 50 keine Anwendung, weil die persönliche Eigenschaft des Täters als Wippers (N. 3) nicht strafschärfend, sondern strafbegründend wirkt; § 50 N. 2a. Es ist folglich auch derjenige als Gehilfe strafbar, welcher dem Kipper zur Begehung jenes Verg. nur einmal wissentlich Hilfe leistet.

5) Die einzelnen aus § 150 strafb. Hdlgen können, abgesehen von dem gewohnheitsm. Delikt, miteinander in Realkonk. (§ 74) treten, namentl. also auch verschiedene Fälle des Inverkehrbringens verringerter Münzen im Einverständnisse mit dem Kipper. Kommt diesen Einzelhdlgen gleichzeitig der Charakter einer gewohnheitsm. Hdlg. zu, so treten jene miteinander in realer Konkurrenz stehenden Fälle zugleich auch in Idealkonk. (§ 73) mit dem gewohnheitsm. Verg. aus § 150; vgl. übrigens § 180 N. 15 b.

6a) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16) und fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Als Nebenstrafe kann nach Abs. 1 i. V. mit § 32 BbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (Abs. 2) ist nach den §§ 44 (insbs. N. 4), 45 strafbar.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung des gewohnheitsm. Verg. vgl. § 67 N. 14 b.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 151.

Wer Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere zur Anfertigung von Metallgeld, Papiergeld oder dem letzteren gleich geachteten Papieren dienliche Formen zum Zwecke eines Münzverbrechens angeschafft oder angefertigt hat, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 150.

Vgl. § 152.

1) Nach § 151 ist strafbar: die zum Zwecke eines Münzvergehens erfolgende „Anschaffung oder Anfertigung", bezüglich deren alternative Feststellg. wg. Gleichwertigkeit zulässig erscheint (aM. Wertheimer Mischgesetze S. 37), von „Formen", die „zur Anfertigung von Metallgeld rc. dienlich" sind (vgl. § 360^4 „dienen können"). Formen, die nur nach Meinung des Verfertigers zu dem bezeichneten Zwecke geeignet, in Wahrheit aber untauglich sind (vgl. § 146 N. 3), kommen nicht in Betracht; Zimmermann, Gerland, GS. 33 268, 59 284. Die Anschaffung der ausdrücklich genannten „Stempel, Siegel, Stiche, Platten" ist nur strafbar, insofern sie unter diesen Gesichtspunkt fällt, woraus erhellt, daß unter jenen Gegenständen Werkzeuge verstanden werden, mittels deren der Ausdruck der Geldzeichen bewirkt werden soll; vgl. RG. III 22. Dez. 80 E. 3 286.

2) Die im § 151 mit Strafe bedrohten Handlungen, die selbst als Mittel zu einem außer ihnen liegenden Zwecke sich charakterisieren (Binding Grundr. S. 115), können begrifflich entweder die Vorbereitung zu einem eigenen oder die Beihilfe bzw., wenn das Münzverbr. nicht einmal bis zum Stadium des strafb. Versuchs gedieh, die versuchte

Digitized by Google

Beihilfe (§ 49 N. 23) zu einem fremden Münzverbr. sein; Binding Lb. 2 335. Die Vorbereitung einer strafb. Hdlg. und die Beihilfe bzw. versuchte Beih. zu einer solchen sind sonach ausnahmsweise zu eigenartigen Delikten erhoben worden; vgl. §§ 43 N. 3, 15, 49 N. 29a. Die GM. nimmt aber mit Recht an, daß die Strafandrohung des § 151 derjenigen gegen das vollendete o. versuchte Münzverbr. selbst bzw. der gegen die vollendete Beih. zu einem solchen subsidiär sei (§ 73 N. 13b); vgl. insbs. Binding Hb. 1 361 u. Lb. aO. sowie Merkel HH. 3 226.

Wird übrigens eine der Handlungen des § 151 „zum Zwecke eines eigenen Münzverbrechens" verübt, so wird sie regelmäßig auch einen Versuch des Verbr. aus § 146 enthalten; denn jener Zweck wird meist näher dahin „um das nachzumachende Geld als echtes in Verkehr zu bringen" zu präzisieren sein; beim Vorliegen dieser Absicht enthält die eigene Anschaffung oder Anfertigung der im § 151 bezeichneten Gegenstände behufs eigener Falschmünzerei nicht eine bloße Vorbereitung, sondern bereits einen strafb. Versuch dieses Verbr. (§ 43 N. 16 f.); vgl. John StRZ. 12 71 ff., 79, 100. AM. einerseits Hälschner 2 583 f., der stets Versuch als vorliegend annimmt, weshalb § 151 nur Anwendung finden könne gegen den, der die Formen zum Zwecke eines von einem anderen zu verübenden Münzverbr. angeschafft rc. habe, andererseits: Binding Lb. 2 335 N. 3, H. Meyer S. 723 N. 20, Frank N. 1, ein Versuch liege darin noch nicht.

3) Für die Frage, wann der Tatbestand des Verg. vollendet sei, erscheint die Wortfassung des §. insofern von Bedeutung, als mit Strafe bedroht wird „Wer ... angeschafft oder angefertigt hat", während nach der gewöhnlichen Sprechweise des StGB. die Strafsanktion gegen denjenigen sich richtet: „Wer ... etwas tut". Die Anwendung des Perfektums findet sich auch noch in den §§ 218_3, 219, ist hier jedoch notwendig, weil nach dem eigentümlichen Verbrechenstatbestande die strafb. Tätigkeit selbst einem anderen Ereignisse vorausgegangen sein muß; ähnlich erklärt sich der Gebrauch des Perfektums in der KO. §§ 239—243 (vgl. u. KO. §§ 239 N. 33, 243 N. 3). Bei der Redaktion des § 151 hat ein gleicher Grund nicht vorgelegen; man wird deshalb, da diese Auslegung einen verständigen Sinn gibt, nicht anstehen dürfen, behufs Vollendung des Verg. aus § 151 zu fordern, daß auch die Anschaffung oder Anfertigung der Stempel vollendet sei, und in der bloß versuchten Anschaffung rc. bzw. begonnenen Anfertigung nur einen straflosen Versuch sehen können (vgl. auch § 208 N. 5); so: Binding Lb. 2 335, Hälschner 2 584, Schütze S. 304 N. 18, Frank N. 11, Rüd.-St. N. 4; aM.: Oppenh.-D. N. 7, John StrZ. 12 75, Gerland GS. 59 289. Übrigens ist aus § 360[4] schon strafbar, wer solche Stempel rc. — ohne Rücksicht auf den Zweck — „anfertigt", so daß dadurch manche Fälle des versuchten, aber nicht für strafbar erklärten Verg. aus § 151 getroffen werden; so auch Hälschner u. Schütze aO.

4) Die Hauptstrafe ist Gefängnis v. 1 T.—2 J. (§ 16). Wg. Einziehung vgl. § 152.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.
Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73^1, 27.

§. 152.

Auf die Einziehung des nachgemachten oder verfälschten Geldes, sowie der im § 151 bezeichneten Gegenstände ist zu erkennen, auch wenn die Verfolgung oder Verurtheilung einer bestimmten Person nicht stattfindet.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). StB. S. 1170.

1) Nachdem, in Abweichung vom Entw. II § 38, auch hinsichtlich der sog. scelere producta durch § 40 (das. N. 8) nur die fakultative Einziehung angeordnet worden war, erfolgte in der dritten Beratung die Einschaltung des § 152 unter der Begründung des Antragstellers Abg. Lasker, daß in diesem Falle die Zwangspflicht der Konfiskation ausgesprochen werden solle. Eine Ausnahme von der Zwangspflicht stellt das Gesetz nicht auf; man wird daher auch nicht annehmen dürfen, daß sie entfalle, wenn die Gegenstände des ihnen ursprünglich beigelegten Zweckes tatsächlich entkleidet seien; so Gerland GS. 59 307; aM. v. Buri GS. 30 266. Aus demselben Grunde hat die Einziehung ohne

Digitized by Google

Rücksicht darauf zu erfolgen, ob der Gegenstand einem Täter oder Teilnehmer gehört; so die GM.

Vgl. übrigens §§ 40 N. 5, 11, 42 N. 9.

2) Wenn schon nach § 42 (das. N. 4) die selbständige Einziehung zulässig ist, falls die Verfolgung o. Verurteilung einer bestimmten Person aus irgendeinem Grunde „nicht ausführbar" ist, so muß dies nach § 152 um so mehr gelten, da hier der Wortausdruck „auch wenn die Verfolgung o. Verurteilg. einer bestimmten Person nicht stattfindet" in keiner Weise entgegensteht; so: Hälschner 2 585, Merkel HH. 3 226 N. 6, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 3, Gerland GS. 59 309, im ganzen auch Binding Lb. 2 312, jedoch nach N. 5_3 nicht für den Fall der Verjährung. Dagegen deutet der Gebrauch des bestimmten Artikels („des .. Geldes und der .. Gegenstände") darauf hin, daß solches nachgemachte u. verfälschte Geld (i. S. des § 146 u. des § 149) und solche Gegenstände gemeint seien, die Objekte der Verbr. aus §§ 146, 147 bzw. des Verg. aus § 151 waren; sonach bildet der objektive Tatbestand jener Münzdelikte die Voraussetzung der Einziehung; so: Binding aO., Geyer 2 99, Hälschner 2 585, Merkel HH. 3 226, Frank N. II, Rüd.-St. N. 2, John StrZ. 12 62, v. Buri GS. 30 265, Glücksmann Rechtskraft S. 13, anscheinend auch Köbner Einziehung S. 40; aM.: RG. II 28. Mai 86 E. 14 161, es verfolge § 152 lediglich polizeil. Zwecke, weshalb er Anwendung finde, ohne Unterschied, ob der objektive Tatbestd. der in den §§ 146 ff. vorgesehenen Reate vorliege o. nicht; die Fassung des § 152 nötige keineswegs zu einer einschränkenden Auslegung (wie auch aus der Entsthgsgeschichte Gegenargumente nicht herzuleiten seien); der Gebrauch des Art. „des" bringe eine Beziehung auf die §§ 146 f. nur insofern zum Ausdruck, als dadurch das Geld als solches, wie es in den §§ 146, 149 näher bezeichnet sei, gekennzeichnet werde; ferner: Schütze S. 305 N. 20, Oppenh.-D. N. 3, Vorberg Einziehung S. 55, Gerland aO. S. 304.

Auf Metallgeld, das durch ein Verg. aus § 150 (das. N. 1b) „verringert" ist, bezieht § 152 sich nicht; so die GM.; aM.: v. Liszt S. 519 N. 7, v. Schwarze N. 2. Wegen der Einziehung verringerten Geldes vgl. oben Abschn. 8 N. 2a.

Das sog. objektive Strafverfahren muß übrigens auf Antrag der StAschaft auch dann eingeleitet werden, wenn das Gericht die Verfolgung 2c. einer bestimmten Person für zulässig u. ausführbar erachtet; denn das Gericht vermag hier sowenig wie sonst die StAschaft zu einem ausgedehnteren Vorgehen zu zwingen; Binding Lb. 2 312 N. 5_5, Schütze S. 305 N. 20, John StrZ. 12 62.

3) Findet die Verurteilung einer bestimmten Person wegen eines Münzdeliktes statt und wird daneben aus § 152 auf Einziehung erkannt, so erscheint letztere als Strafe, wie bei gleicher Voraussetzung die Einziehung anderer einzelner Gegenstände in Gemäßheit des § 40 (das. N. 1, 2); anderenfalls aber ist die Einziehung aus § 152 eine rein polizeil. Präventivmaßregel, gerade wie die auf Grund des § 42 (das. N. 1) erfolgende Einziehung. So: Berner S. 421, Binding Grundr. S. 216, Hälschner 1 631, Vorberg Einziehung S. 95, Gerland GS. 59 301; aM. einerseits das N. 2 zit. RG. E. 14 161 u. v. Liszt S. 251 (nie Strafe), andererseits Francke G. 20 20 (stets Strafe).

Die Anwendung des § 152 auch im Falle eines bloßen Versuchs kann einem Bedenken nicht wohl unterliegen; denn die Vorschrift ist nach der Fassung des §. keineswegs auf das vollendete Delikt beschränkt, und nach dem der Einzhg., auch insofern sie Strafe ist, zugrunde liegenden polizeil. Zwecke (§ 40 N. 1) kann nicht bezweifelt werden, daß der Gesetzgeber die Einzhg. auch für den Versuchsfall wollte, so daß im § 152 eine dementsprechende Anordnung zu finden ist (vgl. § 45 N. 1_3); ebenso Oppenh.-D. N. 2.

4) Wg. des prozessualen Verfahrens vgl. § 42 N. 12.

Neunter Abschnitt.

Meineid.

1) Das StGB. hat den Meineid nicht als Verbr. bezügl. der Religion aufgefaßt, wie schon ein Blick auf die Überschrift des Abschn. 11 ergibt, und namentl. durch die Straf-

Digitized by Google

losigkeit des privaten Meineides dargetan wird. Da die Verletzung der Eidespflicht nur dann strafbar ist, wenn der Eid und die übrigen im Abschn. 9 bezeichneten Versicherungen vor einer Behörde erfolgen, so stellt sie vielmehr stets als ein mittelbar gegen den Staat gerichtetes Verbr. sich dar, das die öffentliche Verwaltung, insbs. aber die Rechtspflege, gefährdet. So: Geyer 2 155, Hälschner 2 904, v. Liszt S. 587, Löning S. 131, Merkel S. 405. AM. H. Meyer S. 724.

2) Die Überschrift dieses Abschnittes ist, wie die des Abschn. 2, a potiori entnommen. Lediglich vom Meineide i. e. S., d. h. der wissentlich falschen Eidesleistung, handelt nur § 153, dagegen betrifft schon § 154 neben dem Meineide i. e. S. den wissentlichen Eidesbruch; auf diese beiden Verbr. beziehen sich die §§ 155, 159, während die im § 161_1 aufgestellte Strafsanktion auf die §§ 153—155, die im § 161_2 enthaltene aber außerdem noch auf § 159 Bezug hat. Es betrifft ferner § 156 die wissentlich falsche Versicherung an Eides Statt; auf die §§ 154—156 bzw. 153 aber beziehen sich die §§ 157, 158. Wenn endlich § 160 die Verleitung zum Falscheide, § 162 gewisse Arten des Eidesbruches und § 163 den fahrlässigen Falscheid bzw. die fahrlässige Versicherung an Eides Statt mit Strafe bedrohen, so ergibt dieser Überblick, daß der Abschn. nicht bloß vom Meineide handelt. In ihm wird vielmehr die Materie der Verletzung der Eidespflicht überhaupt und die Materie der falschen Aussage geregelt. Letzteres geht daraus hervor, daß die unter eidesstattlicher Versicherung abgegebene falsche Aussage mit Strafe bedroht wird, wonach e contrario die Straflosigkeit jeder anderen falschen Aussage als solcher sich ergibt (vgl. jedoch § 360 8). Da aber die Materie der falschen Aussage in dieser — positiven und negativen — Weise geregelt ist, so sind landesgesetzliche Vorschriften wegen Bestrafung nichteidlicher falscher Aussagen ungültig (EG. § 2 N. 3 ff.). So: Dresden 27. Sept. 72 St. 2 33 (das die demnächst aufgehobene Kgl. Sächs. V. v. 10. Dez. 1870 für unverbindlich erklärte), Berner S. 432, Binding Hb. 1 317, 321 u. Lb. 2 131, Dochow HH. 3 233 N. 2, Hälschner 2 905, Heinze HH. 2 7 u. RStrafr. S. 117 ff., v. Liszt S. 99, 587 u. Falsche Aussf. S. 15, 22, H. Meyer S. 731, Schütze S. 311 N. 14, Frank EG. § 2 N. III 2, Oppenh.-D. EG. § 2 N. 18, Rubo S. 122, Rüd.-St. N. 1. AM.: v. Wächter Beilagen S. 238 N. 2, v. Schwarze GS. 22 395, auch Wolfenbüttel 18. Okt. 73 St. 3 307 (das Braunschw. G. v. 27. Nov. 1872 betr. die Bestrafung wegen nichteidlichen falschen Zeugnisses stillschweigend als gültig anerkennend).

§. 153.

Wer einen ihm zugeschobenen, zurückgeschobenen oder auferlegten Eid wissentlich falsch schwört, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

PrStGB. § 125. Entw. I § 134, II § 151. StB. S. 632—634.

Vgl. § 163 Abs. 1.

Zu §§ 153 ff. Eid u. Meineid im allg. N. 1—6.

1) Was unter „Eid" zu verstehen sei, wird im StGB. nicht bestimmt; man bezeichnet ihn aber im allgemeinen übereinstimmend als die Beteuerung der Wahrheit unter Anrufung Gottes. Auch über die Form des Eides sagt das StGB. nichts; bezüglich dieser entscheiden folglich die positiven Normen der Reichs- u. bzw. Landesgesetzgbg.; vgl. RG. VStS. 14. Nov. 88 E. 18 246.

Speziell die Reichsprozeßgesetze (GVG. § 51, ZPO. § 481, StPO. §§ 62, 72, 288, MStGO. §§ 75, 82, 101, 197, 208) schreiben übereinstimmend für alle Eide die Worte: „ich schwöre" und „So wahr mir Gott helfe" vor, außerdem die Worte „bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden" oder wenigstens eine, wenn auch nur stillschweigende, Bezugnahme auf diese. Bei dem obligatorischen Charakter der Vorschriften über die Eidesformel („Der Eid beginnt mit den Worten: . . und schließt mit den Worten: . .") erscheint gerade diese Art der Anrufung einschließlich des Gebrauchs der Attribute Gottes als wesentlich, da nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Kraft des Eides mit durch die Anerkennung jener göttlichen Eigenschaften bedingt wird; so: Binding Lb. 2 139, Hälschner 2 908, Frank Abschn. 9 N. III; aM. v. Liszt aO. N. 1; doch wird dadurch die Wirksamkeit

Digitized by Google

des Eides nicht beeinträchtigt, wenn die Präposition „zu" statt „bei Gott" gebraucht wird; RMG. I 14. Dez. 03 E. 6 166 (btr. MStGO. § 197). Endlich kennen die Prozeßordnungen nur die sog. körperliche Eidesleistung (vgl. insbs. ZPO. §§ 478 f.), wonach der Eid in Gegenwart (coram) des Gerichts oder eines Gerichtsdeputierten abgeleistet werden muß; damit ist also auch Stellvertretung ausgeschlossen. Ob aber im übrigen Stellvertretung bei der Eidesleistung zulässig, läßt nur nach der maßgebenden Landesgesetzgebung sich entscheiden.

Alle übrigen Vorschriften dagegen, die in den Gesetzen über die bei den Eidesleistungen zu beobachtenden Formalitäten sich finden, können nicht für wesentlich gelten, und umgekehrt beeinträchtigen Hinzufügungen von Formalitäten zu den hervorgehobenen nicht das Wesen des Eides. Hiernach hängt die Gültigkeit des Eides namentl. nicht ab von dem Gebrauche der besonderen für die Bekenner der verschiedenen Religionen und Konfessionen etwa vorgeschriebenen Bekräftigungsformeln; Binding aO., Dochow HH. 3 324 N. 10 f., Hälschner aO., v. Liszt aO. u. Falsche Aussf. S. 141 ff., H. Meyer S. 725, Oppenh.-D. N. 12. Speziell die Vorschriften der RProzeßgesetze betreffend, so kann es die Gültigkeit des Eides nicht beeinträchtigen, wenn den Bekräftigungsformeln konfessionelle oder andere Zusätze hinzugefügt werden (wie z. B. „und sein heiliges Evangelium" oder „durch Jesum Christum zur Seligkeit" oder „Amen"), sofern sie nur nicht die Bedeutung der gesetzlichen Formeln aufheben. Die schon hervorgehobene unbedingte Vorschrift der Gesetze steht nicht entgegen, da der Vorschrift durch den Gebrauch der gesetzlichen Bekräftigungsformeln genügt wird und im übrigen der Satz „superflua non nocent" gilt; RG. I 24. Jan. 84 E. 10 181, Binding aO., Hälschner 2 909, Oppenh.-D. N. 12, Löwe-H. StPO. § 62 N. 2.

Selbst die Beobachtung der Vorschriften über die Eidesleistung mittels der Sprache oder der Schrift (ZPO. §§ 482 f., StPO. §§ 63, 71, MStGO. §§ 197$_{3-5}$, 206$_2$) ist, trotz ihrer Unbedingtheit, in strafrechtl. Beziehung nicht wesentlich; denn, wie das Gesetz selbst anerkennt, verträgt sich mit dem Wesen des Eides sowohl die mündliche wie die schriftliche Ableistung (vgl. auch Rubo § 154 N. 3), so daß jemand, der fälschlich für stumm sich ausgibt, durch falsche schriftliche Eidesleistung einen Meineid verübt; Binding aO. N. 2, Hälschner 2 908. Die Bestimmung endlich, daß der Schwörende bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben solle, charakterisiert sich selbst als eine lediglich instruktionelle (ZPO. § 482, StPO. § 63, MStGO. § 197).

Noch weniger kann die Verabsäumung gewisser dem Richter gegebener Vorschriften, die zur Verhütung von Meineiden dienen sollen, die Bedeutung der trotzdem erfolgten Eidesleistung aufheben; so die Verabsäumung einer angemessenen Hinweisung auf die Bedeutung des Eides vor seiner Ableistung (ZPO. § 480, StPO. § 59, MStGO. § 196), ferner die Abnahme eines Parteieides vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils (ZPO. §§ 460 f.); vgl. v. Liszt Falsche Aussf. S. 121.

2) Den Inhalt eines Eides anlangend, so kann die Versicherung der Wahrheit an sich sowohl Tatsachen als auch Urteile betreffen. Letzteres zeigt die Zulässigkeit der Schätzungs-, Editions- u. Überzeugungseide (ZPO. §§ 287, 426, 459) sowie die eidliche Erhärtung der Gutachten seitens der Sachverständigen. Mag der Eid den einen oder den anderen Inhalt haben, so ist ein Meineid denkbar; so die GM., insbs. RG. IV 11. Dez. 96 E. 29 247 btr. des Schätzungseides. Übrigens wird bei Ableistung eines Editions- und eines Überzeugungseides gleichzeitig auch die Wahrheit einer Tatsache — nämlich, daß eine sorgfältige Nachforschung bzw. Prüfung und Erkundigung stattgefunden habe — mit beschworen.

Soweit positive Bestimmungen vorschreiben, daß nur Tatsachen, sei es äußere oder innere (§ 131 N. 2), Gegenstand des Eides sein dürfen (vgl. btr. der Parteieide ZPO. §§ 445, 450, 459, 475, aber auch § 287), begegnet deren Handhabung großen praktischen Schwierigkeiten, weil häufig das Tatsächliche mit dem Rechtlichen sich vermischt (v. Liszt Falsche Aussf. S. 43), ja sogar eine reine Tatsache für bürgerliche Rechtsverhältnisse seltener von Bedeutung ist, als eine Tatsache nach einer gewissen rechtlichen Auffassung. Der

Digitized by Google

Inhalt eines Eides enthält daher häufig, wenn auch gegen den Wortlaut der Prozeßgesetze, rechtliche Momente und muß ein solcher Eid für gültig erachtet werden, da es an sich dem Wesen eines Eides nicht widerspricht, wenn er ein Urteil, und somit auch ein Urteil über ein Rechtsverhältnis, enthält. Inwieweit ein solcher Eid objektiv falsch sein könne, ist eine andere Frage (N. 4).

Die Versicherung der Wahrheit verschiedener, sachlich mehr oder weniger zusammenhängender oder auch zusammenhangloser, Tatsachen oder Urteile beeinträchtigt nicht die Einheitlichkeit des Eides, sobald nur die verschiedenen Versicherungen unter Gebrauch einer Bekräftigungsformel abgegeben werden; denn da deren Gebrauch zum Wesen des Eides gehört (N. 1), so kann auch bei einmaliger Anwendung nur ein Eid vorliegen. AM. Berlin 16. Febr. 72 O. 13 155 u. Oppenh.-O. N. 25 für den Fall zweier verschiedener, getrennt auferlegter Eide bei nur einmaliger Aussprache der Bekräftigungsformel.

3) Der Eid erfordert bei dem Schwörenden eine genügende Vorstellung von dessen Wesen und Bedeutung, während es nach der zutreffenden GM. auf die religiösen Ansichten des Schwörenden nicht ankommt. Wer jene Vorstellung wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche nicht hat, ist nicht bloß nach den positiven Bestimmungen der Gesetze (ZPO. §§ 393 1, 473, 477, StPO. § 56 1, MStGO. § 199 1), sondern der Natur der Sache nach eidesunfähig, derartig, daß das Sprechen der Eidesworte seitens einer solchen Person nicht als Eidschwur gelten, bei ihr also auch von einem Meineide nicht die Rede sein kann; vgl. die zu b zitt. RG. E. 4 32, N. 4 95 sowie III 18. Nov. 95 E. 28 87. Im übrigen ist jeder imstande, einen Eid zu leisten, d. h. nicht nur den Worten, sondern auch der Sache nach unter Anrufung Gottes durch Gebrauch des Wortes „schwören" die Wahrheit einer Versicherung zu beteuern. Hieran können auch positive Gesetze nichts ändern; sie können zwar verbieten, daß gewisse Personen überhaupt oder unter besonderen Verhältnissen zum Eide zugelassen werden, sie können auch den Eiden, die trotz eines solchen Verbotes geleistet werden, die bürgerl. Anerkennung versagen, sie können solche Eide aber nicht ungeschehen machen und in ihrer Existenz überhaupt aufheben. Folgeweise ergibt sich, daß der Schwörende wegen eines solchen verbotswidrig geleisteten Eides auch strafrechtl. sich verantwortlich machen, daß er also einen Meineid leisten kann. So: H. Meyer S. 726, v. Wächter S. 473, Frank Abschn. 9 N. IV.

a) Das Gesagte gilt namentl. von denjenigen Personen, gegen die wegen Meineides auf dauernde Unf. als Z. o. S. eidlich vernommen zu werden, erkannt ist (§ 161; ZPO. § 393 2, StPO. § 56 2, MStGO. § 199 2). So die GM., insbs.: RG. I 23. Feb. 80, II 14. Nov. 93, E. 1 217, 25 30, Dresden 17. Juni 71 St. 1 74. AM.: Binding Grundr. S. 102 u. Lb. 2 148, Hälschner 2 911, Merkel S. 406, Schütze S. 310 N. 11.

b) Aber auch von denjenigen Personen, die das eidesmündige Alter noch nicht erreicht, also nach den RProzeßOO. das 16. Lebensjahr (ZPO. §§ 393 1, 473$_2$, StPO. § 56 1, MStGO. § 199 1) noch nicht vollendet haben, muß das gleiche gelten. So: RG. BStS. 23. Mai 03 E. 36 278 (anders früher: III 26. März 81 E. 4 32), H. Meyer aO., Rubo N. 4. Entgegengesetzt die überwiegende M., insbs. Binding Grundr. S. 102 u. Lb. 2 146 (N. 4 gg. RG. BStS. polemisierend), Finger 1 218 N. 301, Hälschner 2 910, Lucas S. 282, Frank L. II Abschn. 9 N. IV. Siehe übrigens u. N. 6$_2$.

c) Dasselbe gilt endlich von denjenigen Personen, deren Beeidigung auf Grund ihres besonderen Verhältnisses zum Gegenstande des Verfahrens oder zu den bei diesem beteiligten Personen kraft Gesetzes verboten (StPO. § 56 3, MStGO. § 199 2) oder gar nur in das Ermessen des Gerichts gestellt ist (ZPO. §§ 393 3 4, 473$_2$, StPO. § 57, M. StGO. § 200); so: zitt. RG. N. 4 95, E. 25 30, RMG. II 17. Dez. 02, III 30. Jan. 03, E. 4 83, 172, Binding Lb. 2 149, Hälschner 2 910, Frank Abschn. 9 N. IV; aM. Merkel, HM. „Meineid", bezügl. der von einer Person, deren Vernehmung gesetzlich verboten sei, geleisteten Eide.

4) Der Meineid erfordert begrifflich, daß eine Unwahrheit beschworen sei. Ob dies der Fall, ist wesentlich tatsächlich zu prüfen (RG. III 30. Juni 80 N. 2 141), allein die Prüfung kann nur vom Standpunkt des Schwörenden aus vorgenommen werden; „Wahr-

Digitized by Google

heit" in diesem Sinne ist, was seinem Wissen entspricht; es ist unzutreffend, wie meist geschieht, die sog. objektive Unwahrheit als ein Begriffsmerkmal des Meineids zu bezeichnen; richtig jedoch: Binding Lb. 2 142, Thomsen (Altona) GS. 60 63, 64 220 sowie das § 163 N. 3b zit. RG. E. 7 185. Daraus ergibt sich als rechtliche Folgerung, daß trotz objektiv richtigen Inhalts einer Aussage ein Meineid vorliegen kann, wenn der Inhalt nach der unzutreffenden Auffassung des Schwörenden der Wahrheit nicht entsprach; so Thomsen aO.; anders die GM.

Wenn die Wahrheit einer Tatsache versichert wurde, ist der Eid unwahr, sobald der beschworene Hergang nach Auffassung des Aussagenden nicht oder anders (§ 131 N. 3) sich zugetragen hat, als er angibt; wenn speziell eine sorgfältige Nachforschung oder Prüfung versichert wurde, so ist die Versicherung unwahr, sobald eine solche nicht stattgefunden hat, mag auch objektiv richtig sein, was als Ergebnis der Nachforschung hingestellt wird; v. Liszt S. 589 u. Falsche Aussage S. 52, Frank N. III, Rüd.-St. § 154 N. 6. Wurde die Wahrheit eines Urteils versichert, so ist der Eid unwahr, sobald der Schwörende das Urteil nicht gewonnen hat, was selbst dann gilt, wenn das abgegebene Urteil materiell richtig ist. Ähnliches gilt, wenn die Kenntnis von einer Tatsache beschworen wird, sobald der Schwörende die Kenntnis nicht besaß, mag auch die Tatsache selbst richtig sein; Oppenh.-D. § 154 N. 10; vgl. auch Schütze S. 310 N. 12. Im übrigen gelten folgende allgemeine Grundsätze:

a) Ein Eid ist inhaltlich unwahr, sobald nur ein Teil seines Inhaltes unwahr ist, mögen auch andere Teile richtig sein; Dochow HH. 3 236, v. Wächter S. 473, Rubo §§ 154 N. 10, 156 N. 6.

b) Die Frage, ob ein Eid unwahr sei, kann nur nach Maßgabe seines gesamten Inhaltes beantwortet werden; es darf ein einzelner Punkt nicht aus dem Zusammenhange herausgerissen und für sich betrachtet werden; geht der Eid dahin, daß der Schwörende zu einer gewissen Zeit eine Ware zu einem bestimmten Preise nicht gekauft habe, so ist er wahr, wenn eine Preisverabredung nicht stattgefunden hatte, mag auch Kauf und Übergabe erfolgt sein. AM. Mannheim 8. Jan. 76 St. 6 228.

c) Der Inhalt der Eidesnorm, einer Zeugenaussage oder eines Gutachtens unterliegt zwar selbstverständlich der Auslegung, die tatsächlicher Natur ist (RG. III 30. Juni 80 N. 2 141); ist aber der an sich klare oder durch Auslegung festgestellte Sinn objektiv richtig, so ist es in strafrechtl. Beziehung gleichgültig, ob er der Sachlage entspricht oder nicht, bzw. ob er nach den prozessual. Vorschriften zulässig ist oder nicht; so RG. I 1. Nov. 81 E. 5 124 (btr. eines wissentl. falschen Parteieides, der nach zivilprozessual. Vorschriften unzulässig war). Zwischen wesentlichen und unwesentlichen Punkten ist nicht zu unterscheiden; so die GM., insbs.: RG. II 29. Apr. 84 E. 10 338, IV 14. Okt. 84 N. 6 619 (vgl. jedoch § 154 N. 5a). Es darf deshalb namentl. ein Eid nicht aus dem Grunde für objektiv falsch erachtet werden, weil er unter Weglassung eines an sich unwesentlichen Punktes unrichtig sein würde. Maßgebend ist allein der Inhalt der beschworenen Eidesnorm (vgl. btr. derj. des Offenbarungseides N. 9_3), nicht das, was nach der Sachlage Gegenstand des Eides hätte sein sollen. Stellt z. B. der Schwörende durch einen Parteieid in Abrede, daß er an einem bestimmten Tage eine Sache übergeben erhalten habe, so ist der Eid objektiv richtig, wenn die Übergabe an einem anderen Tage erfolgt war, mag auch der Tag der Übergabe an sich gleichgültig sein; so: Binding Lb. 2 141, Dochow HH. 3 236, v. Liszt S. 589, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 18 (vgl. jedoch auch N. 19); aM.: Berlin 24. Nov. 75, Mannheim 8. Jan. 76, St. 5 304, 6 228. Geht ferner der Inhalt einer Eidesnorm z. B. lediglich auf Nichtwissen eines Umstandes (nicht aber auch auf die Anstellung von Erkundigungen 2c.), so kann von einem falschen Eide keine Rede sein, wenn der Schwörende den Umstand wirklich nicht gekannt hat, mag auch dieses Nichtwissen darauf beruhen, daß er die ihm möglichen Nachforschungen nicht angestellt hat; vgl. das § 156 N. 7_2 zit. RG. E 17 185. Vgl. übrigens § 154 N. 5.

5) Der Meineid erfordert ferner, daß der Eid wissentlich falsch geschworen sei; freilich genügt auch hier Eventualdolus; H. Meyer S. 727, Schütze S. 311, Frank N. IV, v. Schwarze § 59 N. 4, v. Liszt Falsche Ausf. S. 38, Lucas Subj. Verschldg. S. 56.

Digitized by Google

6) Neben der Wissentlichkeit wird eine besondere Absicht des Schwörenden zum Tatbestande des Meineides nicht erfordert. Es ist also namentl. gleichgültig, ob der als Zeuge Vernommene in einer Zivilsache eine der Parteien, in einer Strafsache den Angeschuldigten, benachteiligen wollte oder nicht; München 28. Dez. 76 St. 7 54, Hälschner 2 915, v. Liszt S. 621 u. Falsche Aussf. S. 39, Oppenh.-D. N. 21.

Dagegen ist beim Meineide, wie bei jeder vorsätzlichen strafb. Hdlg., das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich (§ 59 N. 30 ff.), und es lassen Fälle sich denken, in denen der Schwörende zwar wissentlich, aber ohne das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit einen falschen Eid leistet (vgl. Binding Lb. 2 149), so z. B., wenn jemand bei Ableistung eines affertorischen Offenbarungseides wissentlich Vermögensstücke verschweigt, in der irrigen Ansicht, daß sie, weil bereits einer Zwangsvollstreckung unterworfen, nicht genannt zu werden brauchten. Vgl. die Fälle Berlin 8. Mai 73, 18. Sept. 78, St. 2 358, O. 19 422, in denen jedoch, wie v. Liszt Falsche Aussf. S. 53 hervorhebt, mit Unrecht ohne weiteres fahrl. Falscheid angenommen ist.

Fehlt dem Schwörenden die genügende Vorstellung von dem Wesen des Eides, so ist in Wahrheit ein Eid gar nicht geleistet (N. 3). Ob dieser Fall vorliege, ist mit besonderer Vorsicht zu prüfen, wenn der Schwörende noch nicht eidesmündig war; bei jedem noch nicht voll Strafmündigen bedarf es ferner der Feststellung, daß er die Einsicht in die Strafbarkeit gerade des geleisteten Meineides besessen habe (§ 56 N. 5).

Zu § 153. N. 7—15.

7) Indem § 153 vom „zugeschobenen, zurückgeschobenen und auferlegten Eide" handelt, schließt er von vornherein den Privateid aus; denn mit jenen technischen Ausdrücken werden Eide bezeichnet, die nur in einem gesetzlich geregelten Verfahren vorkommen. So die GM.

Ob einer der im § 153 bezeichneten Eide, bezüglich deren alternative Feststllg. ausgeschlossen (Wertheimer Mischgesetze S. 38), vorliege, ist nur nach den zutreffenden Reichs- u. Landesgesetzen zu beurteilen; RG. III 8. Okt. 81 E. 5 94. Im schwurgerichtl. Verfahren gebührt die bezügliche Feststellung den Geschworenen; RG. I 22. Nov. 80 E. 3 51. Es ist deshalb die Aufnahme des Inhaltes der Eidesnorm in die Frage nicht notwendig; RG. III 11. Juni 81 E. 4 313 (mit Rücksicht auf StPO. § 293).

8) Die Begriffe „zugeschobener und zurückgeschobener Eid" setzen ein kontradiktorisches Verfahren voraus. Kennt auch die heutige RGesetzgebung die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides nur in dem vor den ordentlichen Zivilgerichten bzw. den nach GVG. § 14 zugelassenen besonderen Gerichten zu verhandelnden Zivilprozeßverfahren (vgl. ZPO. §§ 445—448), so steht nichts entgegen, daß gesetzlich dieses Beweismittel auch in einem anderen kontradiktorischen Verfahren zugelassen werde, in welchem Falle § 153 auf solche Eide gleichfalls bezogen werden müßte. Denn nur darauf kommt es an, daß der Eid in einem Verfahren geleistet wurde, in dem gesetzlich ein Eid zugeschoben werden kann. Während im schwurgerichtl. Verfahren die Fragestellung lediglich darauf zu richten ist, ob ein „zugeschobener Eid" vorliege, bedarf es außerhalb jenes Verfahrens einer Feststellung dieser Momente bei dem Schweigen des Gesetzes nur dann, wenn ein Zweifel angeregt worden ist; RG. II 29. Okt. 80 E. 2 408.

Ein zugeschobener 2c. Eid ist nicht geschworen, wenn der Eid über eine Behauptung, bezüglich deren eine Eideszuschiebung gar nicht stattgefunden hatte, normiert und abgeleistet wurde. Ob solches der Fall, unterliegt tatsächlicher Beurteilung. So: Berlin 30. Okt. 72 O. 13 558 (vgl. auch O. 16 303), v. Liszt Falsche Aussf. S. 74.

9) Ein „auferlegter" Eid setzt nicht einmal ein kontradiktorisches Verfahren voraus (vgl. BGB. §§ 259$_2$, 260, 2006, 2028, 2057, FGG. § 83$_2$), sondern nur ein gesetzlich geregeltes Verfahren, in dem der leitenden Behörde die Befugnis zusteht, von einem der Beteiligten einen Eid zu fordern. Mit Recht nimmt daher die GM. an, daß ein Eid nicht notwendig nur durch ein Gericht auferlegt werden könne, sondern daß dazu andere Behörden gleichfalls befugt seien; man wird sogar in D. unter Umständen ausl. Behörden als dazu berechtigt anzusehen haben, so z. B. ausl. Gesandtschafts- o. Konsulatsbeamte,

Digitized by Google

denen die Gesetzgebung ihres Staates die Auferlegung von Eiden gestattet; so: RG. II 26. Nov. 80 E. 3 70 (btr. die Berechtigung eines Sekretärs der amerikanischen Gesandtschaft zur Abnahme von Eiden innerhalb der Grenzen seiner Gesandtschaft), III 29. Apr. 89 E. 19 218. Unter einem auferlegten Eide ist daher ein jeder Eid zu verstehen, den die Behörde kraft Gesetzes fordert oder abschwören läßt; RG. III 8. Okt. 81 E. 5 94, zit. E. 19 218.

Im Zivilprozeßverfahren erscheint der auferlegte Eid als Mittel der Glaubhaftmachung im allgemeinen und besonderen (ZPO. §§ 294, 952), als Editionseid (§ 426), als sog. richterlicher Eid (§§ 475—477) und als lediglich assertorisch formulierter Offenbarungseid (§§ 807, 883; vgl. auch KO. § 125); nach der Norm des Offenbarungseides gemäß ZPO. § 807, der auch auf Grundstücke sich bezieht (RG. I 2. Juni 04 G. 51), macht der einen solchen unter Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses ableistende Schuldner insoweit eines falschen Eides sich nicht schuldig, als er in jenem auch ihm nicht gehörige Vermögensstücke aufgeführt hat (N. 4c); RG. IV 15. Nov. 95 E. 27 417; vgl. jedoch Lindenberg G. 44 133 ff., der darauf hinweist, daß der den Offenbarungseid Leistende auch beschwöre, daß er sein Vermögen (also nicht fremdes) angegeben habe. Daß der nach HGB. § 525_2 bei Aufnahme einer Verklarung vom Schiffer und den übrigen Personen der Schiffsbesatzung zu leistende Eid ein auferlegter sei, hat das zit. RG. E. 19 218 verneint (vgl. § 154 N. 1_2); vgl. jedoch Binding Lb. 2 137 N. 3.

10) Der sog. Kompromiß- oder Vergleichseid ist zu einem der im § 153 aufgeführten Eide nicht zu zählen; er hat den Vertrag zur ausschließlichen Grundlage, ist folglich keinesfalls ein „auferlegter Eid", der vom Willen der Parteien unabhängig nur nach richterlichem Ermessen als Beweismittel erfordert wird, noch auch ein „zugeschobener oder zurückgeschobener Eid", da dessen Abnahme eine richterl. Prüfung in bezug auf seine Zulässigkeit und Erheblichkeit voraussetzt, deren Ergebnis in einem Urteil oder Beweisbeschluß festgestellt wird. So: RG. III 8. Okt. 81 E. 5 94, Binding Lb. 2 136, Geyer 2 157, v. Liszt S. 589, H. Meyer S. 726, Frank Abschn. 9 N. II. AM.: Stöckel, Daube, Hagemann, 17. DJT. 1 163, 184, 195, auch: Hälschner 2 912, v. Schwarze GS. 34 52, Fuchs H. 30 340.

11) Ein Eid der im § 153 bezeichneten Art setzt die Mitwirkung einer im allgemeinen (in abstracto) zuständigen Behörde voraus. Fehlt der Behörde die Befugnis, ein Verfahren der btr. Art überhaupt zu leiten oder in ihm Eide der btr. Art überhaupt abzunehmen, so ist ein Eid i. S. des § 153 nicht geleistet; so: RG. II 26. Nov. 80, FS. 9. Sept. 87 E. 3 70, 16 186, auch I 13. Nov. 82 E. 7 275 (btr. § 156) gelegentlich, ferner: Binding Lb. 2 138, Geyer 2 157, Hälschner 2 911 f., v. Liszt S. 588, Schütze S. 310 N. 11, v. Wächter S. 472 f., Oppenh.-D. N. 3. Deshalb kann z. B. ein in einem Strafverfahren erforderter Reinigungseid als „auferlegter" nicht angesehen werden; v. Wächter S. 473.

Dagegen braucht die konkrete Zuständigkeit (vgl. § 110 N. 20) nicht vorzuliegen; RG. II 19. Jan. 97 E. 29 337.

12) Subjekt des Meineides kann an sich jeder sein (N. 3, 6), dem (als Partei) ein Eid zugeschoben 2c. ist. Der Eid ist aber nicht „ihm" — d. h. dem Schwörenden — zugeschoben, wenn statt des Schwurpflichtigen (der nach ZPO. § 478 ausnahmslos den Eid selbst zu leisten hat) ein unberechtigter Dritter, unter Täuschung der Behörde über seine Persönlichkeit, die Eidesworte spricht. Hier wird ein dem Schwörenden zugeschobener 2c. Eid gar nicht geleistet, da die Zuschiebung an einen anderen geschah; folglich kann der Schwörende auch keinen Meineid aus § 153 begehen, möglicherweise aber gegen §§ 271, 272 verstoßen. So Frank N. II; vgl. auch v. Liszt Falsche Ausf. S. 83. AM.: Binding Lb. 2 143, Lucas S. 283, Oppenh.-D. N. 9, v. Schwarze N. 1.

Liegt Identität des Schwörenden mit dem vor, dem der Eid zugeschoben wurde, so begeht der Schwörende keinen Meineid, wenn er bei Ableistung des Eides, im Anschluß an eine irrtümliche Fassung der Eidesnorm, unter falschem Namen schwört; denn nach der entscheidenden (N 4) Fassung der Eidesnorm „Ich, N. N., schwöre 2c., daß 2c." bildet erst der abhängige Satz, nicht aber die Richtigkeit des Namens des Schwörenden, den Inhalt der Versicherung.

Digitized by Google

13) Ein strafb. Versuch (§ 43) des Meineides aus § 153 liegt nur vor, wenn mit der Eidesleistung selbst bereits der Anfang gemacht ist, also wenn z. B. bei einem nach Maßgabe der ZPO. zu leistenden Eide der im § 153 bezeichneten Art mindestens das erste der Eingangsworte: „Ich schwöre bei Gott ꝛc." gesprochen bzw. geschrieben (ZPO. §§ 482, 483) wurde. Alle vorhergehenden Hdlgen, namentl. die Annahme des Eides, das Erscheinen an Gerichtsstelle behufs seiner Ableistung, die Bereiterklärung zur Eidesleistung, ja selbst das Erheben der Schwurhand (N. 1), sind nur vorbereitender Natur und enthalten keinen Anfang der Ausführung. Vollendet ist das Verbr. des Meineides erst dann, wenn der ganze Eid, einschließlich der vorgeschriebenen Beteuerungsformel, geleistet ist; solange dies nicht geschehen, liegt nur ein Versuch vor, dessen Strafbarkeit in der Regel nach § 46 [1] aufgehoben sein wird. So die GM. AM. einerseits v. Wächter S. 474, der Versuch beginne mit dem Anfange des Aussprechens der Eidesformel oder, wenn der Eidesleistung eine sie einleitende Hdlg. vorangehe, mit deren Vornahme, andererseits Rüd.-St. N. 7, ein bestimmtes Erbieten zur Eidesleistung könne schon Versuch sein, endlich Baumgarten Versuch S. 416 f., der wegen Zusammenfallens von Vers. u. Vollendung die §§ 43 ff. für ausreichend erachtet. Ein Versuch kann insbs. auch in dem wissentlichen Gebrauche einer dem Gesetze nicht entsprechenden Beteuerungsformel liegen; RG. I 27. März 93 E. 24 91 (btr. §§ 154, 155 [1]).

14) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_3). Wegen der Nebenstrafen vgl. § 161_1.

Der Versuch des Verbr. (N. 13) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

15) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 154.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher von einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde wissentlich ein falsches Zeugniß oder ein falsches Gutachten mit einem Eide bekräftigt oder den vor seiner Vernehmung geleisteten Eid wissentlich durch ein falsches Zeugniß oder ein falsches Gutachten verletzt.

Ist das falsche Zeugniß oder Gutachten in einer Strafsache zum Nachtheile eines Angeschuldigten abgegeben und dieser zum Tode, zu Zuchthaus oder zu einer anderen mehr als fünf Jahre betragenden Freiheitsstrafe verurtheilt worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

PrStGB. §§ 126, 127; Entw. I §§ 135, 136, II § 152. StB. S. 632—634.

Vgl. §§ 157 Abs. 1, 163 Abs. 1.

Zu Absatz 1. N. 1—10.

1) Der Tatbestand einer aus § 154 strafb. Hdlg. (im allg. vgl. § 153 N. 1—6) setzt zunächst die Ablegung eines Zeugnisses oder die Erstattung eines Gutachtens voraus. Zu letzterer ist auch die Übertragung eines Dolmetschers zu rechnen; denn obschon nicht alle Grundsätze, welche die Prozeßgesetze über die Sachverständigen aufstellen, ohne weiteres auch von Dolmetschern gelten, so ist doch im wesentlichen die Tätigkeit eines Dolmetschers nichts anderes als die Abgabe eines Gutachtens über den Sinn der in fremder Sprache oder durch Zeichen abgegebenen Erklärungen einer Person; v. Liszt S. 590 u. Falsche Aussf. S. 69, Frank N. 1 3, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 4; vgl. auch Löwe-H. GVG. § 193 N. 4 u. StPO. § 399 N. 12.

Anzunehmen ist, daß es bei Aufnahme einer Verklarung nach HGB. § 525, um eine von dem Schiffer u. den zugezogenen übrigen Personen der Schiffsbesatzung abzugebende Zeugenaussage sich handele, nicht um einen „auferlegten Eid"; vgl. das § 153 N. 9 zit. RG. E. 19 218.

2) Eine weitere Voraussetzung ist, daß der Eid des Zeugen oder Gutachters „vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde" geleistet sei, während nicht erforderlich ist, daß das Zeugnis o. Gutachen selbst vor einer solchen Behörde verlautbart sei.

Digitized by Google

Insoweit die sog. körperliche Ableistung des Eides für wesentlich zu erachten ist (§ 153 N. 1_2), wird durch die Präposition „vor" die Notwendigkeit der Eidesleistung vor der zuständigen Behörde in räumlicher Beziehung (ad, apud) bezeichnet (vgl. dagegen § 156 N. 3_2); so die GM.

Durch das Erfordernis der Eidesleistung „vor einer Behörde" wird einerseits der Privateid ausgeschlossen (§ 153 N. 7), also auch ein nach ZPO. § 1035_2 unzulässigerweise vor einem Schiedsrichter abgeleisteter Eid, andererseits ausdrücklich davon abgesehen, daß der Eid „vor Gericht" oder — wie nach PrStGB. § 126 — „in einer Zivilsache oder Strafsache" (vgl. Dresden 19. Juli 75 St. 5 299) oder gar in einem „Hauptverfahren" (vgl. Berlin 14. Jan. 75 O. 16 49) geleistet sei. Wegen des Begriffes „Behörde" vgl. § 114 N. 1, insbs. die Ausführung des das. Abs. 2 zit. RG. E. 8 5, dem RG. BStS. 14. Nov. 88 E. 18 246 beigetreten ist; während letzteres im allg. die Eigenschaft eines PrNotars (im Gebiete des PrNotariatsG. v. 11. Juli 1845) als Behörde verneint, hat es doch angenommen, daß den Notaren durch die in §§ 83, 87 PrAGO. III 7 erteilte Befugnis, einen Zeugen behufs eines bei einem fremden Gerichte außerhalb Landes schwebenden Prozesses eidlich zu vernehmen, eine behördliche Funktion übertragen sei, so daß ev. § 154 Anwendung finde; ebenso im Resultate: Oppenh.-O. N. 4, Basch AGO. f. d. Pr. Staaten (2. Aufl. Berlin 1884) S. 247, Vierhaus AGO. f. d. PrStaaten S. 259.

Der Zeugen- oder Sachverständigeneid muß hiernach vor irgendeiner Behörde abgeleistet sein, die „zur Abnahme von Eiden" im allgemeinen „zuständig" (§ 153 N. 11) war; so die GM., insbs.: RG. I 30. Jan. 82, II 24. Nov. 85, R. 4 95, 7 696, I 13. Nov. 82 E. 7 275; aM. Herbst G. 28 327, unter Berufung auf RG. II 25. Juni 80 E. 2 123, das jedoch mit Rücksicht auf die Lage des Falles als entgegenstehend nicht zu erachten ist (vgl. § 156 N. 4). Ist zwar (was das zit. RG. E. 7 275 ausdrücklich unerörtert läßt) die konkrete Zuständigkeit nicht zu verlangen, so wird doch jenes Erfordernis der allgemeinen Zuständigkeit eine nähere Begrenzung dahin zu erfahren haben, daß die Behörde allerdings zur Abnahme von Zeugen- u. Sachverständigeneiden (nicht bloß von Eiden irgendwelcher Art) befugt sein müsse; so Frank N. I 2; aM. Rubo N. 5, anscheinend auch das zit. RG. R. 7 696, das ganz allgemein sagt „vor einer Behörde, welche überhaupt (in abstracto) zur Abnahme von Eiden zuständig ist", obgleich es lediglich um Abnahme eines Zeugeneides sich handelte. Liegt jene Zuständigkeit vor, was nach der Reichs- u. Landesgsetzgbg. zu beurteilen ist, so kommt es darauf nicht an, ob die Aussage aus eigenem Antriebe oder auf Erfordern der Behörde abgegeben wurde; Oppenh.-O. N. 3, v. Liszt Falsche Ausf. S. 66.

Gleichgültig ist an sich (unter Berücksichtigung des § 4), ob die Behörde eine inländische oder ausländische, ob sie im Inlande oder im Auslande stationiert sei; vgl. z. B. RG. III 29. Apr. 89 E. 19 218 btr. einen bei der Verklarung vor einem D. Konsul im Ausl. geleisteten Zeugeneid, aber auch Binding Lb. 2 375 N. 3.

Die Feststellung, daß der Eid „vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde" abgeleistet sei (im schwurgerichtl. Verfahren mit den Worten des Gesetzes; RG. I 12. Feb. 83 R. 5 97), ist notwendig und wird durch eine Feststellung dahin, daß der Eid z. B. „in einer Strafsache" geleistet sei, nicht ersetzt; aM. Berlin 26. Jan. 72 O. 13 89.

3) Der Zeugeneid kann assertorisch o. promissorisch geleistet werden; an sich gilt dasselbe btr. des Gutachtereides; vgl. jedoch N. 4_2.

Wenn Hälschner 2 906, Schütze S. 306 N. 2 u. Frank N. II im Anschluß an Zachariä, G. 3 175 u. Strafprozeß § 101 N. 1, die Existenz eines promissorischen Zeugeneides leugnen und den sog. Voreid als „einen die Wahrheit künftiger Aussage im voraus beteuernden" — also als antizipierten assertorischen — Eid charakterisieren, so widerstreitet diese Auffassung nicht nur der überwiegenden M., sondern namentl. der Eidesformel selbst, die z. B. nach ZPO. §§ 392, 410 u. StPO. §§ 61, 79 dahin geht: „daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde," bzw. „daß Sachverständiger das von ihm erforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde".

Digitized by Google

Zutreffend führt allerdings Schütze aO. aus, daß der promissorische Zeugeneid von anderen promissorischen Eiden, namentl. von denen des § 162 (das. N. 1), wesentlich sich unterscheide, so daß die gleiche Benennung aller zu Unklarheiten führen könne. Es empfiehlt sich deshalb, den promissorischen Zeugeneid als „Voreid" und seinen Gegensatz, den assertorischen, als „Nacheid" zu bezeichnen.

4) Der Tatbestand des § 154 erscheint als ein doppelter, je nachdem der Zeugeneid als Nacheid oder als Voreid geleistet ist; Wertheimer Mischgesetze S. 38. Nur im ersteren Falle liegt Meineid i. e. S., im zweiten dagegen Eidesbruch vor, wie auch der Wortausdruck im Abs. 1 selbst andeutet. Lediglich i. w. S. kann jede aus § 154 strafb. Hdlg. als Meineid bezeichnet werden; vgl. § 157.

Nach GVG. § 191, ZPO. §§ 391 f., 410, StPO. §§ 60 f., 79 hat die Vereidigung des Sachverständigen (Dolmetschers) stets, die des Zeugen wenigstens in der Regel seiner Vernehmung vorauszugehen, so daß der Nacheid nur die Ausnahme bildet; anders dagegen die MStGO. §§ 196, 215, die nur den Nacheid der Zeugen und Sachverständigen kennt.

5) Darüber, wann ein „Zeugnis oder Gutachten" (die §§ 157[2], 158, 163[2] sprechen in gleicher Bedeutung von „Aussage") „falsch" sei, vgl. § 153 N. 4. Aus dem dort unter c Ausgeführten ergibt sich:

a) Für die Unterordnung des objektiv unrichtigen Inhaltes einer Aussage (bzw. eines seiner Teile) unter den Begriff eines falschen Zeugnisses oder Gutachtens ist das Maß seiner Bedeutsamkeit für die Sache, in der die Aussage abgegeben wurde, nicht von Belang, so daß zwischen wesentlichen und unwesentlichen Punkten des Inhalts einer Aussage für den Tatbestand des Meineides nicht unterschieden werden darf; Hälschner 2 913. Es läßt zwar RG. I 14. Feb. 84 N. 6 111 dies dahingestellt, führt aber aus, daß keinesfalls ins Gewicht fallen könne, welches Maß von Bedeutsamkeit der Inhalt einer Aussage nach ihrer Abgabe bei der gesamten Beweiswürdigung für die Entscheidung der Sache gehabt habe, vielmehr höchstens das Maß von Bedeutsamkeit, die der zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemachte Umstand gerade z. B. der Beweiserhebung gehabt habe.

b) Den Formeln des Zeugen- und Sachverständigeneides (vgl. ZPO. §§ 392, 410, StPO. §§ 61, 79, MStGO. §§ 197, 215), muß die ihrem Inhalte entsprechende Bedeutung gewahrt werden, derartig, daß die durch den Zeugeneid übernommene Verpflichtung, die reine Wahrheit zu sagen, nicht auch die, ein gewissenhaftes Gutachten abzugeben, und umgekehrt, umfaßt; ebenso Wertheimer Mischgesetze S. 38, es liege ein kumulativer Mischtatbestand vor.

6) Das zu 5b Bemerkte erkennt RG. I 23. Dez. 80 N. 2 665 insofern an, als es den Sachverständigeneid zur Bekräftigung eines im Urteil ausdrücklich als Zeugnis qualifizierten Teils der Aussage eines Arztes nicht für ausreichend erachtet. Der Sachverständigeneid bezieht sich lediglich auf das zu erstattende Gutachten und deshalb nur auf Bekundungen, die auf Grund der Sachkunde geschöpft als Äußerungen über eine technische Frage sich darstellen; aM. einerseits Frank N. III, der Sachverständigeneid decke keinerlei tatsächl. Erklärungen, andererseits Binding Lb. 2 141, auch zufällige, zum Aufbau des Gutachtens mitverwertete Wahrnehmungen ständen unter dem Eide. Durch jenen Eid werden daher nicht getroffen:

a. Äußerungen, welche Tatsachen wiedergeben, die mit der Stellung des Schwörenden als Sachverständigen in keinem notwendigen, inneren Zusammenhange stehen, und zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde nicht erforderlich ist; RG. II 17. Feb. 85 N. 7 118;

b. Auslassungen über die sog. Personal- und Generalfragen; diese gehören zwar zum Inhalte der Zeugenaussage (so die überwiegende M., insbs. RG. III 5. Mai 80 E. 2 44, II 30. Nov. 80 N. 2 585; s. jedoch N. 9), so daß auch eine nur unerhebliche Unrichtigkeit bezüglich ihrer ein „falsches Zeugnis" enthält, aber nicht zum Inhalte des Gutachtens. So: RG. II 31. März 85, I 17. Feb. 90, E. 12 128, 20 235 (abweichend noch E. 6 267), Berlin 21. Juni 77 O. 18 460, Hälschner 2 913 N. 3, Rüd.-St. N. 4, v. Liszt Falsche Ausf. S. 73, Bennecke-B. S. 372, Löwe-H. StPO. § 82 N. 2b, Stenglein StPO. § 79 N. 5. AM.: Binding aO. S. 142 N. 2, Oppenh.-D. N. 13, John 1 701 f., v. Kries

Digitized by Google

S. 388. Da die StPO. einen besonderen Eid über die Personal- u. Generalfragen nicht kennt (so mit Recht zit. RG. E. 6 267), so hat der Richter, wenn er es im Einzelfalle für angemessen erachtet, die Angaben des Sachverständigen zur Person beeidigen zu lassen, ihm den Zeugeneid neben dem Sachverständigeneid abzunehmen; so: zit. RG. E. 12 128, Löwe-H. aO.; aM. Stenglein aO.

7) Die gleiche Konsequenz (N. 5b, 6) ist aber auch für den Zeugeneid zu ziehen. Deshalb kann ein Sachverständiger nicht infolge der Abnahme des Zeugeneides hinsichtlich des abzugebenden Gutachtens für vereidigt erachtet werden; so Binding Lb. 2 141; aM.: RG. II 10. Dez. 80 E. 3 100, Hälschner 2 914 N. 3, Oppenh.-D. N. 13, Rüd.-St. N. 4.

Dagegen gehört zum abgelegten Zeugnisse auch die Anführung der Tatsachen im Falle der StPO. § 55; so Oppenh.-D. N. 7, auch Löwe-H. StPO. § 55 N. 3, der jedoch eine ausdrückliche Bedeutung des Zeugen darüber, daß der Eid zugleich auf die den Weigerungsgrund btr. Erklärung bezogen werde, für erforderlich erachtet.

8) Sowohl der Zeugen- wie der Sachverständigeneid können nicht nur positiv, ersterer durch wahrheitswidrige Aussage und durch Hinzusetzen, letzterer durch Abgabe eines parteiischen bzw. wahrheitswidrigen Gutachtens, sondern auch durch Verschweigen verletzt werden; RG. III 23. Nov. 82 E. 7 321 btr. des Zeugeneides mit Rücksicht auf die Worte „nichts verschweigen" (N. 3). Aber auch aus dem in beiden Formeln wiederkehrenden „nach bestem Wissen" folgt die Möglichkeit einer Verletzung beider Eide durch Verschweigen.

Übrigens geschieht die Zuwiderhandlung gegen das Gebot der Verletzung des Eides auch beim Verschweigen durch eine „Handlung" (§ 1 N. 3a), da das „falsche" Zeugnis bzw. Gutachten durch die positive Gestaltung bedingt wird, die der Schwörende seinem Zeugnis bzw. Gutachten gibt, indem der Inhalt der Aussage, trotz der Übergehung erheblicher Umstände, den Eindruck der Vollständigkeit macht.

9) Bezüglich des Voreides kann im Einzelfalle zweifelhaft sein, wieweit er seine Wirkung erstrecke. Für das Strafprozeßverfahren kommt StPO. § 228 i. V. mit § 66 in Betracht. Zunächst erstreckt der Voreid sich unzweifelhaft auf den Inhalt der in einer und derselben, ununterbrochen fortgesetzten, Hauptverhdlg. gemachten Aussage (RG. III 12. Mai 80 N. 1 756), soweit diese auf die Eidesleistung folgt; auf das, was der Zeuge 2c. vor der Eidesleistung, namentl. bezüglich der Personalien, aussagte, bezieht die Beeidigung sich nicht, so daß auch eine etwaige Bestrafung wegen Unrichtigkeiten in diesem Teile der Aussage nicht würde eintreten können; RG. III 9. Okt. 80 N. 2 307. Der Voreid erstreckt sich aber ferner auf die in einer sog. fortgesetzten Hauptverhdlg. niedergelegte Aussage, da für diesen Fall eine neue Vereidigung oder auch nur die Abnahme einer Versicherung unter Berufung auf den früher geleisteten Eid nicht vorgeschrieben ist. Der geleistete Voreid bezieht sich aber nicht mehr auf die Aussage, welche zwar in demselben Hauptverfahren, jedoch in einer erneuerten Hauptverhdlg., abgegeben wird; Löwe-H. StPO. § 66 N. 1. Dies gilt namentl. auch, wenn die Hauptverhdlg. lediglich deshalb erneuert werden mußte, weil die Unterbrechung länger als drei Tage gedauert hatte. Alsdann kann die Wirksamkeit des früher geleisteten Eides auch dadurch nicht erstreckt werden, daß der Vorsitzende, statt eine Versicherung auf ihn entgegenzunehmen, lediglich auf jenen Eid als noch verbindlich hinweist.

10a) Beim Eidesbruch kann die Wissentlichkeit der Verletzung dadurch ausgeschlossen sein, daß der Zeuge o. Sachverständige über die Erstreckung des Voreides auf das nachfolgende Zeugnis bzw. Gutachten sich irrt; so kann ihm z. B. das Bewußtsein fehlen, daß der Eid auf Zusätze zu der Aussage sich mit beziehe, die nach deren Abschluß demnächst noch erfordert werden, oder daß der am ersten Tage einer Hauptverhdlg. geleistete Voreid auch die Aussage am folgenden Tage der fortgesetzten Hauptverhdlg. betreffe (N. 9).

b) Ein wissentlich falsches Gutachten insbesondere liegt vor, falls das vom Gutachter abgegebene Urteil seiner Überzeugung nicht entspricht; objektive und subjektive Falschheit (erstere im Gegensatz zur sachlichen Unrichtigkeit, die ohne Bedeutung, verstanden) fallen hier notwendig zusammen. Beruht die objektive Falschheit in einem Verschweigen von Umständen (N. 8), so wird die Feststellung der Wissentlichkeit besonderen Schwierig-

Digitized by Google

keiten begegnen (Schütze S. 311 N. 13), doch ist sie außer beim ausdrücklichen Befragen anzunehmen, wenn der Schwörende entweder das Bewußtsein von der Erheblichkeit der Tatsache hatte oder doch wenigstens der Möglichkeit sich bewußt war, der verschwiegene Umstand könne für erheblich erachtet werden (dolus eventualis); so RG. III 23. Nov. 82 E. 7 321, IV 8. Jan. 86 N. 8 23; ähnlich Hälschner 2 914.

Zu Absatz 2. N. 11, 12.

11) Der Abs. 2 enthält einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, der in doppelter Weise bedingt ist.

Die erste Bedingung geht dahin, daß das falsche Zeugnis o. Gutachten „in einer Strafsache zum Nachteile des Angeschuldigten abgegeben" sei.

a) Die weiterhin ausdrücklich genannten Strafen stellen es zunächst völlig außer Zweifel, daß hier mit den Worten „in einer Strafsache" nur ein solches Verfahren gemeint ist, in dem es um die Verhängung einer Kriminalstrafe (§ 111 N. 3) sich handelt. Gleichgültig ist aber, ob die Strafsache vor den Zivil- o. den Militärstrafgerichten verhandelt wurde.

b) Das Zeugnis muß ferner „zum Nachteil" (§ 92 N. 4c) eines Angeschuldigten abgegeben sein, wozu das „zugunsten" im § 157[2] den Gegensatz bildet (vgl. § 352 „zu seinem Vorteile"). Da im Strafverfahren häufig nicht nachweisbar ist, daß eine ihre Spitze gegen den Angeschuldigten richtende Aussage tatsächlich ungünstig für ihn gewirkt habe, so ist anzunehmen, daß hier mit dem Ausdruck „zum Nachteile" nur die Richtung des Zeugnisses „wider den Angeschuldigten" habe bezeichnet werden sollen (vgl. N. 5a); so Schütze S. 313 N. 17; aM. Binding Lb. 2 158, insofern er verlangt, daß gerade dem Angekl. nachteilige Bestandteile der Aussage falsch sein müßten. Damit ist von selbst gegeben, daß der Zeuge auch das Bewußtsein gehabt haben müsse, er sage „zum Nachteile eines Angeschuldigten" aus.

c) Wenn das Zeugnis endlich zum Nachteile „eines Angeschuldigten" abgegeben sein muß, so hat das StGB., das die Terminologie der StPO. § 155 noch nicht kannte, hiermit nach Maßgabe der früheren Ausdrucksweise eine jede in einer Untersuchung befindliche Person bezeichnen wollen, auch wenn sie i. S. jener Bestimmung nur „Beschuldigter" ist; Hälschner 2 923 N. 1, Oppenh.-D. N. 27, v. Schwarze N. 5. Dagegen darf man nicht soweit gehen, die härtere Strafe auch alsdann zu verhängen, wenn die Untersuchung zur Zeit der Aussage noch gar nicht gegen die Person des demnächst Beschuldigten gerichtet war; aM. Rüd.-St. N. 10 (wissentl. falsche Ansch. unter Eid).

12) Die zweite Bedingung des straferhöh. Umst. (N. 11) besteht darin, daß der Angeschuldigte „zum Tode, zu Zuchthaus oder zu einer anderen mehr als fünf Jahre betragenden Freiheitsstrafe verurteilt worden" ist.

a) Daß die „Verurteilung" eine rechtskräftige sein müsse, wird nicht erfordert; es findet somit Abs. 2 auch dann Anwendung, wenn zwar in erster Instanz Verurteilung, in zweiter aber Freisprechung erfolgte; so die GM.; aM.: Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 5.

b) Es muß ferner behufs Anwendung der höheren Strafe die Verurteilung „zum Tode, zu Zuchthaus (ohne Rücksicht auf die Dauer) oder zu einer anderen mehr als fünf Jahre betragenden Freiheitsstrafe" erfolgt sein; letzteres ist nicht nur bei Festungshaft, sondern auch bei Gefängnis möglich und zwar nicht nur wegen einer einzelnen Straftat auf Grund des MStGB. § 16, sondern auch im Falle der Realkonk. auf Grund des RStGB. § 74[3]. Auch wenn die Freiheitsstr. lediglich infolge der Realkonk. fünf J. übersteigt, und die falsche Aussage tatsächlich nur auf eine einzelne Straftat sich bezog, findet Abs. 2 dennoch Anwendung, da das Gesetz nicht unterscheidet, ob in „einer Strafsache" wegen einer oder wegen mehrerer Straftaten verhandelt wird; so: Binding Lb. 2 158 N. 3, Schütze S. 313 N. 17, Oppenh.-D. N. 30, v. Liszt Falsche Ausf. S. 225; aM. Hälschner 2 923 N. 1.

c) Der Nachweis eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Zeugnisablegung und der Verurteilung wird, ähnlich wie im § 139 (das. N. 11), wegen seiner Schwierigkeit (N. 11b) nicht erfordert (so die GM.; aM. Löning S. 131), doch besteht ein

Digitized by Google

zeitlicher Zusammenhang insofern, als beide in derselben Strafsache stattgefunden haben müssen (vgl. § 87 N. 5₃); Finger G. 50 49.;

Es handelt sich hiernach um eine objektive Bedingung der — erhöhten — Strafbarkeit (T. I Abschn. 4 N. 3₃); so v. Liszt S. 590; aM. Binding Hb. 1 590 u. Lb. 2 158, in der Annahme, daß nicht nur der Kausalzusammenhang, sd. auch die Absicht der Herbeiführung eines schweren Strafübels präsumiert werde, ferner Finger S. 117 u. G. 50 51, es handele sich um ein symptomatisches Tatbestandsmerkmal mit dem Bewußtsein der Gefahr, der Angekl. ausgesetzt werde. Eine auf Herbeiführung des Erfolges gerichtete Absicht verlangt freilich auch er sowenig, wie die GM., erachtet sie vielmehr mit dieser für einflußlos, während Binding Lb. 2 159 für den Fall der Vollstreckung des ungerechten Urteils Realkonk. mit Mord o. schw. Erpressung annimmt.

Versuch; Teilnahme, insbs. Beihilfe; Konkurrenz; Strafe; Verjährung; Zuständigkeit. N. 13—17.

13) Wegen Versuchs (§ 43) eines aus § 154 strafb. Meineides i. e. S. vgl. § 153 N. 13.

Ein Versuch des Eidesbruches erfordert, daß mit Abgabe des falschen Zeugnisses bereits begonnen sei; denn sonst liegt kein Anfang der Ausführung vor, da letztere in dem Bruch des durch den Voreid gegebenen Versprechens durch Ablegung eines falschen Zeugnisses besteht; RG. IV 9. Okt. 88 N. 10 555, v. Liszt S. 590, Merkel HRl. „Eidesbruch", v. Wächter S. 474. Der Anfang der Aussage, wenn sie einen Versuch des Eidbruchs enthalten soll, muß jedoch bereits die Bekundung einer falschen Tatsache enthalten (Binding Lb. 2 145, insbs. N. 2, v. Liszt Falsche Ausf. S. 198 f., 208); es ist das möglich, weil die Aussage als ein Ganzes anzusehen ist und deshalb Vollendung erst mit deren Schluß eintritt; so die GM., insbs.: RG. III 15. März 86, IV 15. Jan. 92, E. 14 19, 22 363; aM. Dochow HH. 3 238, der deshalb einen Vers. für undenkbar erklärt; vgl. auch Baumgarten Versuch S. 417. Wann die Aussage als abgeschlossen anzusehen ist, unterliegt tatsächlicher Beurteilung; RG. I 21. Apr. 92 E. 23 86; es ist deshalb unrichtig, die Vollendung stets erst mit dem Schlusse der Verhandlung anzunehmen; so: Binding aO., H. Meyer S. 727; aM.: Mannheim 15. März 73 St. 3 181, Berner S. 432, R. Herzog Rücktritt S. 195.

Liegt nur ein Versuch des Eidesbruchs vor, so findet bei seiner freiwilligen Aufgabe § 46[1] Anwendung; so das zit. RG. E. 14 19 (vgl. jedoch ORA. R. 8 171). Dagegen entfällt die Anwendung des § 46[2], weil die Vollendung des Verbr. nicht in einem erst nach Beendigung der Hdlg. des Täters eintretenden Erfolge liegt (Abs. 1); zit. RG. E. 22 363, Binding aO. S. 145 N. 6.

Ein Versuch des qualifizierten Verbr. aus Abs. 2 ist anzunehmen, wenn die Aussage unvollendet geblieben, dennoch aber die Verurteilung des Angeschuldigten eingetreten ist (§ 43 N. 5₃); so v. Liszt S. 590; vgl. auch Thomsen Versuch S. 112; anders die GM.

14) Beihilfe (§ 49) zu dem Verbr. aus § 154 kann dadurch geleistet werden, daß eine Partei wissentlich einen nichts wissenden Zeugen in der Hoffnung vorschlägt, er werde fälschlich zu ihren Gunsten aussagen, indem hierdurch die Ablegung des Zeugnisses ermöglicht wird. So: München 12. Mai 72 StrZ. 12 305, Binding Lb. 2 154 N. 1, Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 23. AM. v. Liszt Falsche Ausf. S. 165.

Die Teilnehmer werden, im Falle des Abs. 2, gleichfalls nach diesem härteren Gesetz bestraft (vgl. §§ 48 N. 17b, 49 N. 15b); v. Liszt aO. S. 225.

15) Die Frage, ob ein oder mehrere Verbr. aus § 154 vorliegen, kann auftauchen, wenn in demselben prozessualen Verfahren (Strafprozesse o. Zivilprozesse) ein Zeuge wiederholt beeidigt wird bzw. eine Versicherung auf den von ihm geleisteten Eid wiederholt abgibt (§ 155[2]). Beziehen die verschiedenen Voreide o. Nacheide sich auf eine und dieselbe Aussage, z. B. wenn in einer Strafsache der im Vorverfahren bereits eidlich vernommene Zeuge bei seiner eidlichen Vernehmung in der Hauptverhdlg. seine Aussage wiederholt, so wird die Annahme der Verletzung des § 154 durch eine fortgesetzte Hdlg. (§ 73 N. 6 ff.) der Sachlage entsprechen; so: RG. IV 4. Jan. 87 N. 9 7 (btr. § 163 i. V. mit § 154), Binding Hb. 1 558 u. Lb. 2 144, Hälschner 2 916, Rüd.-St. N. 14, v. Schwarze S. 464.

Digitized by Google

v. Liszt Falsche Ausf. S. 251; aM. Oppenh.-D. N. 22 u. § 153 N. 25. Handelt es sich dagegen in den verschiedenen Aussagen um verschiedene Bekundungen, so wird es von den näheren Umständen abhängen, ob eine fortgesetzte oder mehrere selbständige Hdlgen vorliegen. Steht aber nur eine, durch einen Eid gedeckte Aussage in Frage, so kann der Umstand, daß diese mehrere falsche Beurkundungen enthält, nicht die Annahme mehrerer Meineidsverbr. (§ 74) rechtfertigen; so Oppenh.-D. N. 21; aM. Sello ZStrW. 21 711.

Wegen des Verhältnisses zum § 164 vgl. das. N. 14.

16) Bezüglich der Strafe im Falle des Abs. 1 vgl. § 153 N. 14 (wegen „Gleiche Strafe trifft" s. § 49a N. 21_2).

Die Hauptstrafe im Falle des Abs. 2 ist Zuchthaus von 3—15 J. (§ 14_2); wegen der Nebenstrafen vgl. § 161_1.

Wegen der ev. stattfindenden Strafermäßigung vgl. §§ 157 (insbs. N. 8), 158 (insbs. N. 4).

17) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim einfachen Verbr. (Abs. 1) in zehn, beim qualifizierten (Abs. 2) in funfzehn Jahren.

Im Falle des Abs. 2 beginnt die Verjährung schon mit der Vollendung der verbrech. Tätigkeit selbst, nicht erst mit der Verurteilung des „Angeschuldigten", die als „Erfolg" der verbrech. Hdlg. präsumiert wird (vgl. N. 12c u. § 67 N. 9); so die GM.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^{1}.

§. 155.

Der Ableistung eines Eides wird gleich geachtet, wenn

1) ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Betheuerungsformel seiner Religionsgesellschaft abgibt;
2) derjenige, welcher als Partei, Zeuge oder Sachverständiger einen Eid geleistet hat, in gleicher Eigenschaft eine Versicherung unter Berufung auf den bereits früher in derselben Angelegenheit geleisteten Eid abgibt, oder ein Sachverständiger, welcher als solcher ein- für allemal vereidet ist, eine Versicherung auf den von ihm geleisteten Eid abgibt;
3) ein Beamter eine amtliche Versicherung unter Berufung auf seinen Diensteid abgibt.

PrStGB. § 128. Entw. I § 137, II § 153. StB. S. 634.

Vgl. §§ 157 Abs. 1, 163 Abs. 1.

1) § 155 hat keinen selbständigen Inhalt, bestimmt vielmehr, indem er insofern gleichwertige Modalitäten aufstellt (Wertheimer Mischgesetze S. 38) lediglich, daß gewisse Erklärungen und Versicherungen der Ableistung eines Eides gleichzuachten sind, nicht aber, wann sie abgegeben werden dürfen. Hierüber entscheiden die besonderen Reichs- u. Landesgesetze, namentl. die RProzeßordnungen, während die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 153, 154 stets auch die Voraussetzungen des § 155 sind, derartig, daß eine Meineidesbestrafung nur dann erfolgen kann, wenn die im § 155 bezeichnete Erklärung oder Versicherung an Stelle eines in den §§ 153, 154 vorgesehenen Eides tritt. So: Berlin 27. März, 19. Nov. 73, 30. Mai 77, St. 2 347, 3 182, 7 52, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 1, v. Liszt Falsche Ausf. S. 102.

Behufs Anwendung des § 155 i. V. mit den §§ 153, 154 ist deshalb nach den RProzeßordnungen stets eine körperliche (§ $153\ N.\ 1_2$) Abgabe der Versicherung notwendig, während die Mündlichkeit o. Schriftlichkeit der Versicherung ohne wesentliche Bedeutung ist und die strafrechtl. Verantwortlichkeit bestehen bleibt, wenn die Versicherung gegen die bezügliche Vorschrift schriftlich statt mündlich oder umgekehrt abgegeben wurde. Vgl. § 153 N. 1.

Für die Anwendung der §§ 154, 155 speziell ist erforderlich, daß die Versicherung einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde abgegeben sei, und deshalb genügt es z. B.

Digitized by Google

nicht, wenn die Behörde nur zur Abnahme diensteidlicher Versicherungen zuständig ist; ihr gegenüber kann alsdann eine amtliche Versicherung unter Berufung auf den Diensteid wirksam nicht abgegeben werden; Berlin 14. Apr. 75 O. 16 282.

2) Der Nr. 1 des § 155, die auf die beiden vorhergehenden §§. Bezug hat, ist durch ZPO. § 484, StPO. § 64 u. MStGO. § 198 die Anwendung im Zivil- u. Strafprozeßverfahren gesichert. Beim Mangel reichsgesetzlicher Vorschriften bestimmen die Landesgesetze darüber, welchen Religionsgesellschaften der Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet ist; v. Liszt Falsche Ausf. S. 97. Die Anwendung der Beteuerungsformel ist gerade so erheblich wie beim Eide das „Schwören unter Anrufung Gottes" (§ 153 N. 1); v. Liszt aO. S. 98. Aber nur bei den Mitgliedern der bezeichneten Religionsgesellschaften wird der Gebrauch der Beteuerungsformel gesetzlich der Ableistung eines Eides gleichgeachtet; man muß deshalb die Auffassung verwerfen, daß, wenn eine einer solchen Religionsgesellschaft nicht angehörende Person eine Erklärung unter der Beteuerungsformel einer derselben abgibt, dennoch, namentl. in strafrechtl. Beziehung, die Wirkungen der Eidesleistung eintreten. Die hierfür herangezogene Analogie beim Gebrauch besonderer religiöser oder konfessioneller Bekräftigungsformeln (§ 153 N. 1) ist unzutreffend, weil der Schwörende daneben Gott zum Zeugen der Wahrheit anrufen muß und dieses das wesentliche ist, während der Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides mit der Wirkung eines solchen das Vorliegen der Bedingung notwendig voraussetzt, unter welcher allein das Gesetz die Ausnahme gestattet. So: Binding Lb. 2 140, Frank N. I 1, Rüd.-St. N. 2. AM.: Jagemann GS. 29 355, v. Liszt Falsche Ausf. S. 145 f.

Mitglieder einer Religionsgesellschaft, der eine solche Befugnis nicht gestattet ist, dsgl. Personen, die einer Religionsgesellschaft überhaupt nicht angehören, können Erklärungen unter einer Beteuerungsformel mit der Wirkung einer Eidesleistung nicht abgeben.

3) Während im Falle der Nr. 1 die Zulässigkeit einer gewissen Erklärung mit der Wirkung eines Eides ohne weiteres aus dem „Gesetze" (z. B. für die Mitglieder der bürgerl.-religiösen Gemeinde Kornthal aus dem WürttembPrivilegium v. 22. Aug. 1816; RG. I 27. März 93 E. 24 91) folgt, das der betreffenden Religionsgesellschaft den Gebrauch einer Beteuerungsformel an Stelle des Eides gestattet, fragt es sich, unter welchen Voraussetzungen der Gebrauch der in den Nr. 2, 3 bezeichneten Versicherungen mit der gleichen Wirkung gestattet sei. Auch hierüber werden die bezüglichen Reichs- u. Landesgesetze als entscheidend anzusehen sein und zwar in der Weise, daß ohne eine ausdrückliche Gestattung jene Zulässigkeit nicht anzunehmen ist; denn es läßt sich nicht absehen, worauf die Annahme einer so wichtigen Wirkung gewisser Versicherungen anders sich gründen sollte als auf positive gesetzliche Bestimmungen, da § 155 selbst seiner ganzen Anlage nach (N. 1) die Frage der Zulässigkeit nicht löst. So: Hälschner 2 917, v. Schwarze N. 2. AM. Schütze S. 310 u. Oppenh.-D. N. 3, ein Nichtverbot genüge; ähnlich Dochow HH. 3 324, der eine Präsumtion für die Zulässigkeit aufstellt, u. Rubo N. 6, die gesetzliche Genehmigung sei für den Tatbestand des Verbr. gleichgültig.

In den Fällen der Nr. 2 u. 3 brauchen die Versicherungen zwar nicht wörtlich „unter Berufung auf den bereits früher geleisteten Eid — auf den als Sachverständiger ein für allemal geleisteten Eid — auf den Diensteid" abgegeben zu werden (RG. III 8. Jan. 81 N. 2 704); dennoch muß seitens der Versichernden eine Bezugnahme auf den geleisteten Eid in irgendeiner Weise erfolgt sein und darf solche nicht etwa schon deshalb vorausgesetzt werden, weil die Abgabe einer Erklärung auf einen solchen Eid gefordert oder auf den bereits geleisteten Eid verwiesen wurde. So: RG. III 18. Sept. 80, 16. Apr. 83, R. 2 216, 5 250, II 10. Dez. 80 E. 3 100, Berlin OAG. 3. Mai 73 St. 2 313, Oppenh.-D. N. 6a, 10, Löwe-H. StPO. § 66 N. 9.

Daß in den Fällen der Nr. 2 u. 3 nur an eine Versicherung unter Berufung auf einen nach Maßgabe der inländischen Gesetze geleisteten Eid bzw. auf einen nach dem Recht des DR. o. eines D. Bundesstaates geleisteten Diensteid zu denken sei, kann nicht zweifelhaft sein, da die Berufung nur unter dieser Voraussetzung die für das Verfahren nach D. Gesetze als erforderlich erachtete Grundlage hat.

Digitized by Google

4) Der erstere der beiden Fälle der Nr. 2 hat zwar an sich Bezug auf die beiden §§ 153, 154; doch ist seine praktische Anwendbarkeit wesentlich auf § 154 beschränkt, da die RProzeßordnungen nur den Zeugen u. Sachverständigen, nicht aber den Parteien, gestatten, eine Versicherung der fr. Art abzugeben; ZPO. §§ 398, 402, StPO. §§ 66, 72, MStGO. §§ 201, 208. Nach diesen Bestimmungen ist übrigens die Berufung auch auf einen geleisteten Nacheid für zulässig zu erachten, trotzdem dessen assertorische Norm an sich die nachfolgende Aussage nicht deckt; die Versicherung der Wahrheit findet unter Bezugnahme auf die Beteuerungsformel, nicht auf die Eidesnorm statt; RG. II 28. März 82 E. 6 145 (die Frage, ob der Richter die Versicherung promissorisch o. assertorisch abzunehmen habe, entscheide sich lediglich nach StPO. § 60), v. Liszt Falsche Ausf. S. 99, Löwe-H. StPO. § 66 N. 10.

Voraussetzung ist, daß der Zeuge bereits früher einen Eid geleistet hat und zwar in derselben Angelegenheit.

a) Als solche ist zunächst im Strafverfahren eine jede gegen eine und dieselbe Person wegen derselben Straftat verhandelte Sache, ohne Rücksicht auf die verschiedenen Prozeßstadien, anzusehen; es bilden ferner — materiell — zusammenhängende, miteinander verbundene Strafsachen (StPO. §§ 3, 4; MStGO. §§ 32 ff.) dieselbe Angelegenheit, endlich auch solche Strafsachen, die ohne Zusammenhang aus rein prozessualen Gründen gemäß StPO. § 236 bzw. ähnlichen landesgesetzlichen Vorschriften in Forst- u. Feldrügesachen (vgl. z. B. PrFDG. § 29) mit einander verbunden sind. Hier schafft das Gesetz wenigstens prozessual eine und dieselbe Angelegenheit; § 155[2] aber lediglich von einem materiellen Zusammenhange zu verstehen, erscheint um so weniger geboten, als der legislatorische Grund für die Zulassung solcher Berufungen bei rein prozessualem Zusammenhange ebenso zutrifft. Die GM., insbs. Berlin 7. Feb. 72 D. 13 120, ist entgegengesetzt und verlangt stets einen materiellen Zusammenhang. Zutreffend hat allerdings RG. III 3. Mai 97 E. 30 130 ausgeführt, es sei die Voraussetzung „derselben Angelegenheit" keineswegs davon abhängig, daß das Verfahren, in dem die Eidesleistg. erfolgt sei u. in dem demnächst die Versicherung abgegeben werde, prozeßrechtl. als „dasselbe Hauptverfahren" i. S. der StPO. § 66 sich darstelle. Weiter aber ist zutreffend (vgl. § 153 N. 3, deren Ausführung hier entsprechend gilt) angenommen, daß die Versicherung auch dann der Eidesleistg. gleichzuachten und deshalb ev. als Meineid zu bestrafen sei, wenn sie in einem Falle abgenommen worden ist, in welchem nach prozessual. Vorschrift (vgl. StPO. § 66, die nochmalige Vernehmung „in demselben Vorverfahren o. in demselben Hauptverfahren" fordert, während MStGO. § 201 allgemein nur Ableistung in „derselben Strafsache" verlangt) die förmliche Eidesleistung hätte stattfinden sollen; so außer dem zit. RG. E. 30 130 früher bereits IV 15. Mai 88 E. 17 409.

b) Im Zivilprozeßverfahren liegt dieselbe Angelegenheit vor, soweit eine Streitsache infolge der Erhebung Einer Klage rechtshängig geworden (ZPO. § 263), wenn selbst eine aktive oder passive Streitgenossenschaft i. S. der ZPO. §§ 59 f. nicht begründet sein sollte. Es findet hier das eben Bemerkte entsprechende Anwendung.

5) Der zweite Fall der Nr. 2, dessen praktische Anwendbarkeit durch ZPO. § 410, StPO. § 79, u. MStGO. § 215, gesichert ist, hat lediglich auf § 154, und zwar nur insoweit er vom Sachverständigen-Eide handelt, Bezug.

6) Die praktische Bedeutung der auf die beiden §§ 153, 154 Bezug habenden Nr. 3 des § 155 ist wesentlich geschwunden, da die RProzeßordnungen, abgesehen von dem Falle der ZPO. § 386, den Beamten die Abgabe amtlicher Versicherungen unter Berufung auf ihren Diensteid nicht gestatten. Möglicherweise kann solches jedoch nach EGStPO. § 3, landesgesetzl. in den Forst- und Feldrügesachen geschehen sein (s. auch N. 7); auch können (vgl. § 3, aO.) solche Vorschriften nach den Landes-Disziplinargesetzen in Kraft sein; RG. IV 24. Jan. 94 E. 25 96.

Das Gesetz stellt keine besondere Anforderungen hinsichtlich des Inhaltes des geleisteten Diensteides; solche erscheinen auch überflüssig; denn da der Diensteid naturgemäß das Versprechen der Erfüllung der amtlichen Pflichten enthält (vgl. B. btr. den Diensteid der un-

Digitized by Google

mittelbaren Reichsbeamten v. 29. Juni 1871), so ist dadurch die wahrheitsgemäße Abgabe amtlicher Versicherungen mitbetroffen (Oppenh.-D. N. 9) und dem von der GM. meist ausdrücklich verlangten Erfordernisse genügt, daß nämlich der Diensteid von vornherein auf derartige amtliche Versicherungen sich erstrecken müsse.

Eine Versicherung auf „Dienstpflicht" ist nicht gleichbedeutend mit einer solchen auf „Diensteid"; so Oppenh.-D. N. 10; aM. Anonymus St. 4 65.

Wer „Beamter" sei, bestimmt sich auch hier lediglich nach der ausdrücklich für „dieses Strafgesetz", d. h. das StGB., gegebenen Definition des § 359, so daß weder Advokaten oder Anwälte, noch andere Personen, die, ohne Beamte zu sein, eines der im § 31, bezeichneten öffentl. Ämter wahrnehmen, darunter fallen. So: Binding Lb. 2 140, Hälschner 2 917, Rubo N. 7, v. Liszt Falsche Aussf. S. 101. AM.: Rüd.-St. N. 5, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 4.

Fraglich ist, wann eine Versicherung eine „amtliche" zu nennen ist. Da eine Hdlg. des Bamten in Frage steht, so wird solche anzunehmen sein, sobald der Beamte die Versicherung in seiner Eigenschaft als Beamter abgibt (Rubo N. 8), ohne daß darauf Gewicht zu legen wäre, ob die Versicherung auch einen Gegenstand der Amtstätigkeit betrifft; aM. Oppenh.-D. N. 11. Folgeweise findet unter der bezeichneten Voraussetzung die Nr. 3 Anwendung, auch wenn die Aussage auf etwas sich bezog, was nicht Gegenstand der Amtstätigkeit war, und deshalb richtiger statt der Berufung auf den Diensteid eine Beeidigung zu erfordern war. Ob die Vernehmung eines Beamten in „amtlicher Eigenschaft" erfolgte, ist lediglich Tatfrage.

7) In den durch EG. § 2, in Kraft erhaltenen Sondergesetzen (N. 6,) können noch andere Erklärungen der Eidesleistung — namentl. auch in strafrechtl. Beziehung — gleichgestellt werden (vgl. PrFDG. § 25, demzufolge es bei der Vernehmung einer nach den §§ 23, 24 das. beeidigten Person als Zeuge o. Sachverständiger der Eidesleistung gleichgeachtet wird, wenn der zu Vernehmende die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den ein für allemal geleisteten Eid versichert); aM. Binding Lb. 2 131 N. 7.

§. 156.

Wer vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eidesstatt zuständigen Behörde eine solche Versicherung wissentlich falsch abgibt oder unter Berufung auf eine solche Versicherung wissentlich falsch aussagt, wird mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. § 129. Entw. I § 138, II § 154. StB. S. 635.

Vgl. §§ 161 Abs. 2, 163 Abs. 1 sowie MStGO. § 341.

1) Während § 155 von gewissen, einem Eide gleichgeachteten Versicherungen handelt, betrifft § 156 die einem Eide nicht gleichwertige „Versicherung an Eides Statt" die positivrechtlich in eigentümlicher Weise sich entwickelt hat und nur insoweit denselben Grundsätzen wie der Eid folgt, als durch die in beiden enthaltene Versicherung der Wahrheit bedingt wird; vgl. § 153 N. 2, 4, 5. Über die Frage, ob u. inwieweit die StPO. eidesstattliche Versicherungen kenne, vgl. RG. I 27. März 93, II 29. Okt. 95, E. 24 91, 28 8; danach ist die Abnahme einer Versicherung als Form der Verpflichtung eines Zeugen jedenfalls unzulässig.

2) Die Versicherung muß an „Eides Statt" abgegeben sein. Die Form der eidesstattl. Versicherung bestimmt zwar das StGB. ebensowenig wie die des Eides (vgl. § 153 N. 1); RG. VStS. 14. Nov. 88 E. 18 246. Man wird deshalb die Worte „an Eides Statt" nicht für sakramental anzusehen haben, so daß jede Abweichung, auch wenn sie den Inhalt nicht ändert (z. B. „an Stelle des Eides"), der Erklärung die Bedeutung einer eidesstattl. Versicherung nehme; keinesfalls aber kann als solche eine Versicherung angesehen werden, bei der der Ausdruck durch Worte anderen Sinnes ersetzt ist; RG. II 28. Dez. 86 E. 15 126, die Erklärung „imstande zu sein, die btr. Tatsache zu beschwören" bzw. ein „Erbieten zum Schwur" sei keine eidesstattl. Versicherung, da letztere „objektiv geeignet sein müsse, die förml. Eideslstg. in den bezüglichen Fällen zu vertreten, also eine präsente,

Digitized by Google

den Erklärenden sofort verbindende Bestärkung der Erklärung enthalten müsse". Wegen Verschiedenheit des Inhaltes steht auch eine Versicherung „auf einen bereits geleisteten Eid" oder „auf den Diensteid" einer eidesstattlichen nicht gleich, weshalb die falsche Abgabe einer solchen Versicherung, falls § 155[2,3] nicht anwendbar sein sollte, auch nicht aus § 156 gestraft werden kann; Berlin 19. Nov. 73 St. 4 182, Dochow HH. 3 238, Hälschner 2 918, Schütze S. 311, Oppenh.-D. N. 6, Rubo N. 5, v. Liszt Falsche Ausf. S. 104 f.

Wenn § 156 Anwendung finden soll, muß eine solche Versicherung in Wahrheit „abgegeben" sein, was freilich durch eine Bezugnahme auf eine vorhergegangene Vorhaltung bzw. Frage geschehen kann. Dagegen genügt eine bloße Verweisung, insbs. eine durch das Gesetz erfolgende, nicht (vgl. § 155 N. 3_2).

3) Die Versicherung muß „vor einer . . . . Behörde" abgegeben sein; vgl. deshalb § 114 N. 1 u. namentl. das § 154 N. 2_3 zit. RG. E. 18 246, nach dem den PrNotaren (im Gebiete des PrNotariatsG. v. 11. Juli 1845) durch das PrG. v. 12. März 1869 § 3_2 (vgl. jetzt BGB. § 2356_2) insoweit, ausnahmsweise, eine behördliche Funktion übertragen ist, als sie für befugt erklärt sind, die eidesstattliche Versicherung, auf Grund deren die Erbbescheinigung (jetzt der „Erbschein") ausgestellt werden kann, abzunehmen, ferner RG. II 7. Nov. 93 E. 24 377 btr. der Behördeneigenschaft der PrGerichtskassen. Die Abgabe einer derartigen privaten Versicherung kann den Tatbestand des § 156 nicht begründen (vgl. §§ 153 N. 7, 154 N. 2). Deshalb fällt auch die Abgabe einer Versicherung „vor den Organen eines Privatvereins" nicht unter § 156, wenn auch der Staat ihm Korporationsrechte verliehen, seine Statuten (auf Grund deren die Versicherung erfolgt) genehmigt hat und die Oberaufsicht führt; RG. III 20. Apr. 81 N. 3 238.

An die Präposition „vor" knüpft sich die Streitfrage, ob die Abgabe einer eidesstatt. Versicherung eine sog. körperliche sein müsse (§§ 153 N. 1, 154 N. 2_2, 155 N. 1). Die Frage ist zu verneinen, denn eine solche körperliche Abgabe einer eidesstattl. Versicherung entspricht weder der positiven Rechtsentwickelung, noch wird sie durch das RStGB. erfordert. Im Anschluß an PrStGB. § 129 lautete der Entw.: „Wer einer Behörde 2c. eine Versicherung abgibt"; die hierzu gestellten Abänderungsanträge bezweckten lediglich, gleichwie § 154, das Erfordernis der Zuständigkeit aufzustellen; unter ihnen erhielt der v. Schwarzesche Antrag aus rein stilistischen Gründen den Vorzug. So die GM., insbs. RG. II 5. Dez. 82, 5. Dez. 90, IV 29. Sept. 91, E. 7 287, 21 198, 22 267. Die hiernach insbs. zulässige Einreichung einer schriftlichen eidesstattl. Versicherung kann, mit Wissen und Willen des die Versichernng Ausstellenden, durch einen Dritten geschehen; zitt. RG. E. 7 287, 22 267. Landesgesetzlich ist auch Stellvertretung bei der Abgabe einer eidesstattl. Versicherung möglich. Eine Maßnahme hingegen, die nur dahin geht, daß die in einem Schriftstück niedergelegte eidesstattliche Versicherung der Behörde von einem Bevollmächtigten mündlich vorgetragen, sodann aber, ohne daß eine Überreichung an die Behörde stattgefunden hätte, wieder an den Auftraggeber zurückbefördert wird, ist weder eine mündliche, noch eine schriftliche Versicherung an Eides Statt; RG. III 4. Dez. 99 E. 32 435.

4) Die Versicherung muß „vor einer zur Abnahme einer eidesstattl. Vers. zuständigen Behörde" abgegeben sein. Die allgemeine Zuständigkeit der Behörde muß sonach unbedingt vorhanden sein (RG. I 13. Nov. 82 E. 7 275, III 25. Feb. 84 N. 6 151), während die konkrete auch hier, so wenig wie im § 154 (das. N. 2_4) oder gar im § 153 (das. N. 11) vorzuliegen braucht; RG. zit. E. 7 275, II 11. Dez. 85 E. 13 161 (verneinend, daß II 25. Juni 80 E. 2 123 eine dahin gehende Ansicht ausgesprochen habe). Dagegen hat entsprechend der Ausführung in N. 2_4 zum § 154 die Praxis des RG. zutreffend zur Anwendung des § 156 die Befugnis der Behörden an sich, eidesstattliche Versicherungen überhaupt abzunehmen, nicht für ausreichend erachtet, vielmehr als Voraussetzung des § 156 angesehen, daß die Behörde auch zuständig sei, über den Gegenstand, auf welchen die eidesstattliche Versicherung sich bezieht, eine solche zu erfordern oder wenigstens entgegenzunehmen, bzw. daß in dem Verfahren, um welches es sich handelt, die Abgabe einer solchen Versicherung zulässig sei; so zunächst das zit. RG. E. 13 161 und weiterhin, meist hierauf sich beziehend: II 2. Dez. 87, 6., 9. März, 28. Dez. 88, 10. Juni 92, 7. Nov.

Digitized by Google

93, 29. Okt. 95, I 10. Nov. 02, E. 16 372, 17 185, 208, 18 309, 23 170, 24 377, 28 8, 36 1, vor allem aber auch VStS. 23. Okt. 89 E. 19 414, das insbs. ausspricht, rechtlich absolut indifferente und schlechthin unstatthafte eidesstattl. Versicherungen fielen nicht unter § 156. Dabei kommt es jedoch für den Bereich der Anwendung dieses §. auf den Gedankengang u. die innere Auffassg. des beteiligten Beamten nicht an, so daß es z. B. unerheblich ist, ob der Richter im vormundschaftl. Erhebungsverfahren sich darüber klar geworden, daß die eine eidesst. V. über die Vaterschaft abgebende unehel. Mutter dies nicht (was unzulässig sein würde) als Partei, sondern als Zeugin tue; zit. RG. E. 36 1. In der Praxis des RG. sind zur Abnahme eidesstattl. Versicherungen für zuständig erachtet:

a. auf Grund der Reichsgesetzgbg. (für die jetzt namentl. FreiwGG. § 15_2 in Betracht kommt): die Gerichte (II 5. Dez. 82 E. 7 287, IV 13. Feb. 85 R. 7 106, zit. E. 19 414 btr. der eidesstattl. Vers. eines Dritten [aM. Heß G. 44 33] u. IV 21. Feb. 90, III 27. Apr. 03, E. 20 241, 36 212, btr. derjenigen der Partei selbst, als zulässigen Beweismittels für die Glaubhaftmachg. einer tatsächl. Behauptung i. S. der ZPO. § 294 [§ 766], ferner IV 29. Sept. 91 E. 22 267 btr. der eidesstattl. Vers. eines Dritten behufs Vorhaltung an eine schwurpflichtige Partei; vgl. ZPO. § 480), insbs. die Amtsgerichte als Vormundschaftsgerichte, namentl. auch im Hinblick auf § 15_1 des FreiwGG. (zit. E. 36 1), sowie die PrGerichtskassen, insoweit sie als Vollstreckungsbehörden im Verwaltungszwangsverfahren wg. Beitreibg. von Geldbeträgen in Angelegenheiten der Justizverwaltung den gerichtlichen Vollstreckungsbehörden gleichstehen (zit. E. 24 377); die Standesbeamten gemäß PersonenstandsG. § 45_4 (zit. E. 13 161 btr. eidesstattl. Vers. solcher Tatsachen, die für die zur Eheschließg. gesetzlich notwendigen Erfordernisse von Bedeutung sind, auch wenn sie ohne Vorlegung von Urkunden o. sonstigen Beweismitteln lediglich zur persönl. Kenntnis des Standesbeamten dienen);

b. auf Grund der bezüglichen Landesgesetzgbg., insbs. Preußens: die sog. Reklamationskommissionen bei Veranlagung der — früheren — Klassen- bzw. klassifizierten Einkommenst. (I 17. Apr. 82, III 24. Mai 86, E. 6 196, 14 170), u. zwar insbs. die Landräte bzw. in Stadtkreisen die Bürgermeister als Organe der Kommission zur Entgegennahme schriftlicher Erklärungen (II 19. Feb. 89 E. 18 414); die Universitäten (auch die Landesuniversität zu Rostock) bzw. deren einzelne Fakultäten (II 9. März 88 E. 17 208 btr. Versicherung über die Urheberschaft einer eingereichten Doktordiss.); die Notare im Gebiete des PrNotariatsG. v. 11. Juli 1845 in dem — jetzt durch BGB. B. V Abschn. 8 geregelten — Verfahren btr. Erteilung eines Erbscheins (VStS. 14. Nov. 88 E. 18 246; s. o. N. 3); die Erbschaftssteuerämter gemäß § 39 des PrErbschaftsstG. v. 19. Mai 1891 (IV 11. Dez. 96 E. 29 247).

Dagegen ist die Zuständigkt. verneint btr. der StAschaften (II 14. Juni 04 E. 37 209) sowie btr. der Standesbeamten in dem die Beurkundung der Geburt bezweckenden Verfahren (s. jedoch o. unter a) gemäß PersonenstdsG. §§ 17—27; zit. E. 18 309.

5) Liegen die Voraussetzungen (N. 2—4) vor, so findet § 156 ev. auch dann Anwendung, wenn die Abgabe einer eidesstattl. Vers. gesetzl. nicht notwendig (RG. II 10. Juni 92 E. 23 170), bzw. nach Lage der Sache nicht erforderlich war; RG. I 13. Nov. 82, 10. Nov. 02, III 24. Mai 86, E. 7 275, 36 1, 14 170. Der Anwendung des § 156 steht auch nicht entgegen, daß die Vers. freiwillig entgegengebracht wurde; RG. II 7. Dez. 86 R. 8 730 btr. eidesstattl. Vers. zur Unterstützung richterlicherseits nicht erforderter Gegenanträge gegen einen Antrag auf Erlaß einer einstw. Vers. Ebensowenig, daß die Versicherung ihrem Wortlaute nach nicht vorgeschrieben war; RG. I 17. Apr. 82, II 19. Feb. 89, E. 6 196, 18 414. Für den Fall aber, daß das Gesetz den Inhalt der Vers. vorschreibt, hat RG. II 6. März 88 E. 18 185 ausgesprochen, bei nicht bloß formalen Abweichungen, sd. inhaltlichen Abänderungen falle die V. nicht unter die Kategorie der eidesst. V. i. S. des § 156.

6) Zur Vollendung des Verg. müssen die Hdlg. des die Erklärung Abgebenden sowie die Hdlg. des sie Entgegennehmenden zusammentreffen. Erfolgt die Abgabe mündlich, so tritt Vollendung ein, sobald die falsche Vers. vor der zuständigen Behörde er-

Digitized by Google

klärt ist; die Niederschrift stellt nur die erfolgte Erklärung fest. Erfolgt die Abgabe schriftlich, so muß der Niederschrift der Erklärung deren Einsendung an die zuständige Behörde hinzutreten (vgl. auch N. 3_2), ferner der Eingang bei dieser und die Kenntnisnahme von der Erklärung seitens der Behörde, weil sonst weder eine Abgabe vor der Behörde, noch eine Abnahme durch die Behörde vorliegen würde. So RG. VStS. 14. Nov. 88 E. 18 246, das deshalb Vollendung des Verg. mit der Abgabe der eidesstattl. Vers. vor dem Notar annimmt; s. o. N. 3, 4b.

7) Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle; zuerst wird die „wissentlich falsche Abgabe einer Versicherung an Eides Statt" erwähnt, die somit assertorisch gewesen sein muß, demnächst aber die „wissentlich falsche Aussage unter Berufung auf eine solche Versicherung". Letzteres ist sowohl von dem Falle einer promissorischen eidesstattl. Versicherg. zu verstehen als auch davon, wenn eine neue oder weitere Aussage unter Berufung auf eine bereits früher abgegebene eidesstattl. Versicherg. abgegeben wird; für diesen Fall ist nicht, wie im § 155^2, das Erfordernis aufgestellt, daß die eidesstattl. Versicherung früher in derselben Angelegenheit abgegeben sein müsse; so Hälschner 2 919; aM. in beiden Punkten Binding Lb. 2 155. Der Bruch einer promissorischen eidesstattl. Versicherung ist aber nur strafbar, wenn sie durch eine falsche Aussage geschieht; Oppenh.-D. N. 4.

Darüber, wann eine „Versicherung" bzw. eine „Aussage" als falsch abgegeben anzusehen sei, vgl. § 153 N. 4, insbs. N. c. Dementsprechend RG. II 6. März 88, 22. Nov. 90, E. 17 185, 21 220 (beide btr. § 163), die auf das frühere PrErbbescheinigungsverfahren Bezug hatten (vgl. jetzt BGB. B. V Abschn. 8).

8) In subjektiver Beziehung genügt, wie beim Meineide (§ 153 N. 5), Eventualdolus; dieser kann Platz greifen einmal bezüglich der Richtigkeit des Inhaltes der Vers., dann aber, im Falle der Abgabe einer schriftlichen Vers., bezüglich ihres Gelangens an eine zuständige Behörde (N. 3_2. 6); RG. II 1. März 92 E. 40 33 (das Bewußtsein von der möglichen Unrichtigkeit der Tatsache sei jedoch zur Feststellg. des Eventualdolus nicht ausreichend). Weiß der Täter, daß er die eidesstattl. V. vor einer zuständigen Behörde abgibt, so kommt es auf seine Meinung darüber, in welcher Eigenschaft dies geschah, ob z B. als Partei o. als Zeuge, nicht an; so das N. 4 zit. RG. E. 36 1.

Entsprechend den Ausführungen beim Meineide (§ 153 N. 3) ist angenommen, daß § 156 auf denjenigen unanwendbar sei, der wegen mangelnder Verstandesreife o. wegen Verstandesschwäche eine ungenügende Vorstellung von dem Wesen u. der Bedeutung der eidesstattl. Versicherung habe; RG. III 18. Nov. 95 E. 28 87.

9) Mittäterschaft ist bei diesem Delikt seiner inneren Natur nach (§ 47 N. 20) nicht denkbar; RG. I 24. März 04 E. 37 92 (der Täter verletze immer nur seine eigene Pflicht, die Wahrheit zu sagen).

10) In den durch EG. $§ 2_2$ in Kraft erhaltenen Sondergesetzen kann die Materie derartig behandelt sein, daß die Konkurrenz der Bestimmungen des StGB. über Abgabe solcher eidesstaatl. Versicherungen ausgeschlossen ist; so hat RG. III 13. Juli 91 E. 22 121 angenommen, daß auf wissentlich eidesstattlich zu niedrig abgegebene Steuerdeklarationen über zinssteuerpflichtige Einkünfte das Meckl. Schw. Kontributionsedikt v. 8. Juni 1886 unter Ausschluß des § 156 StGB. Anwendung finde.

11) Die Hauptstr. ist Gef. von 1 Mt. — 3 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. $§ 161_2$.

Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 157.

Hat ein Zeuge oder Sachverständiger sich eines Meineides (§§ 154, 155) oder einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht, so ist die an sich verwirkte Strafe auf die Hälfte bis ein Viertheil zu ermäßigen, wenn

1) die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte, oder

Digitized by Google

2) der Aussagende die falsche Aussage zu Gunsten einer Person, rücksichtlich welcher er die Aussage ablehnen durfte, erstattet hat, ohne über sein Recht, die Aussage ablehnen zu dürfen, belehrt worden zu sein.

Ist hiernach Zuchthausstrafe unter Einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des §. 21 in Gefängnißstrafe zu verwandeln.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 155. StB. S. 632—635.

Vgl. § 161 Abs. 1 u. 2.

Zu §§ 157, 158. N. 1—7.

1) Die §§ 157, 158 behandeln strafvermindernde Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295, die unter gewissen Umständen bei den Verbr. bzw. Verg. aus §§ 153 bis 156 einzutreten haben. Die Entscheidung über das Vorliegen jener Umstände gebührt dem Richter der Schuldfrage, also im schwurgerichtl. Verfahren den Geschworenen; so hinsichtlich § 157[1] RG. I 27. Apr. 80 E. 1 423.

Während die „Strafermäßigung" in allen Fällen die Vollendung der Tat zur Voraussetzung hat (§ 46 N. 16a), so ist sie in den Fällen der §§ 157 u. 158 im weiteren verschieden bedingt, dort durch die näheren Umstände der Tat selbst, hier durch eine der Tat nachfolgende Hdlg. Im Falle des § 158 ist also an sich die volle Strafe begründet; sie wird jedoch nachträglich ermäßigt, gerade wie sie in den Fällen, die StPO. § 295$_2$ im Auge hat, nachträglich völlig ausgeschlossen wird; es findet hier eine, wenn auch nur teilweise, Strafaufhebung statt, so daß von den strafermäßigenden Umst. des § 158 dasselbe gelten muß wie von den strafaufheb. Umständen (vgl. § 59 N. 25e).

2) Die durch die Worte „ist . . zu ermäßigen" obligatorisch vorgeschriebene Strafermäßgg. ist eigentümlicher Art, indem sie an „die an sich verwirkte Strafe" sich anschließt. Das Gesetz hat nicht, wie in anderen Fällen der Strafverminderung (vgl. § 213) oder wie in den Fällen mild. Umst., eine außerordentliche mildere Strafandrohung aufgestellt, auch nicht, wie beim Versuch (§ 44 N. 1), eine nach der Strafandrohung in hypothesi sich richtende Strafverminderung vorgeschrieben. Es muß daher zunächst die im Einzelfall verwirkte Strafe bestimmt werden, was nicht nur im Falle des § 158 nach dem N. 1$_2$ Bemerkten ohne Schwierigkeit geschehen kann, sondern auch in den Fällen des § 157 möglich ist, weil für die Abmessung der Strafe zunächst nur ein bestimmt gekennzeichneter Umstand außer Betracht bleiben soll. Vgl. § 208, nach dem umgekehrt eine Erhöhung der an sich verwirkten Strafe eintreten kann.

Die „an sich verwirkte" Strafe muß aus den Urteilsgründen ersichtlich sein, weil sonst nicht beurteilt werden kann, ob die Strafabmessung dem Gesetze entsprechend erfolgte. So: Binding Lb. 2 159 N. 2, Dochow HH. 3 246, Hälschner 2 924, v. Liszt S. 593, Rüd.-St. N. 2 (vgl. auch Geyer 2 159). AM. RG. FS. 28. Juli 84 E. 11 42, es müsse allerdings das Urteil eine dem Gesetze entsprechende Ermäßigung der an sich verwirkten Strafe ersichtlich machen, es sei aber nicht unbedingtes Erfordernis, die an sich verwirkte Strafe anzugeben. Dagegen darf nicht, falls nach Abs. 2 Gefängnisstrafe einzutreten hat, zunächst auf Zuchthaus erkannt werden; RG. I 30. Mai 81 E. 4 267.

3) Da die Strafe „auf die Hälfte bis ein Vierteil" ermäßigt werden soll, so ergeben sich als Strafrahmen im Falle

der §§ 153, 154$_1$: Zuchthaus von 3 Monaten bis zu 5 Jahren;

des § 154$_2$: Zuchthaus von 9 Monaten bis zu 7 Jahren 6 Monaten;

des § 156: Gefängnis von 1 Woche bis zu 1 Jahr 6 Monaten.

Gemäß Abs. 2 ist jedoch die in den Fällen der §§ 153, 154 unter Einem J. verwirkte Zuchthausstr. „nach Maßgabe des § 21 in Gefängnis zu verwandeln", so daß die denkbaren Mindestbeträge auf Gef. von 4 Mt. 14 T. bzw. 13 Mt. 14 T. (15 Tage würden unter Umständen mehr als $^1/_2$ Monat sein) sich stellen; so bezüglich der §§ 154, 157: RG. I 30. Mai 81 E. 4 267, III 21. Mai 83 R. 5 372.

Die „Ermäßigung" der Strafe hat im übrigen unter Beachtung der Regeln des StGB., namentl. des § 19$_2$, zu geschehen. -- Wegen der Nebenstrafe vgl. § 161$_2$.

Digitized by Google

4) Was die Anwendung der Strafermäßgg. gegenüber einem nicht Vollstrafmündigen betrifft, so greift auch hier der Grundsatz Platz, daß die allgemeine Strafmilderung des § 57 (das. N. 4) nicht auf die „an sich verwirkte Strafe" anzuwenden ist, sondern vielmehr erst nach Vornahme der durch §§ 157 f. vorgeschriebenen Ermäßigung; daraus ergibt sich, daß, wenn (gegen einen Erwachsenen) als die ermäßigte Strafe eine Zuchthausstr. unter einem J. verwirkt erachtet wird, sonach Abs. 2 des § 157 Platz greift, gemäß § 57[3] auf eine Gefängnisstr. von Einem T. hinabgegangen werden kann; so: RG. I 22. Nov. 83 E. 9 245, H. Meyer S. 410 N. 6, Frank N. II; aM.: Binding Lb. 2 159 N. 5, v. Liszt S. 279 N. 5, es sei zuerst der regelmäßige Strafrahmen nach § 57 herabzusetzen, dann die „an sich verwirkte" Strafe zu bestimmen u. nun erst die Ermäßgg. nach den §§ 157 f. vorzunehmen.

5) Nach der Fassung der §§ 157 f. kommt die Strafermäßgg. zustatten: „demjenigen, der sich eines Meineides oder einer falschen Versicherung an Eides Statt schuldig gemacht hat", also nur dem Täter; gehen nun auch die gegen Anstifter u. Gehilfen (§§ 48, 49) gerichteten Strafandrohungen von derjenigen gegen den Täter aus, so ist dennoch eine analoge Anwendung der die Strafermäßigung anordnenden Vorschrift auf diese Teilnehmer zu verneinen, weil sie keineswegs in einer ähnlichen, den Grund für die Strafermäßigung bildenden Zwangslage, wie der Täter, sich befinden; so: RG. FS. 29. Juli 91 E. 22 106, Rüd.-St. N. 7; aM.: Hälschner 2 925, Frank N. I 1 u. ZStrW. 14 381 sowie btr. d. Anstifters Binding Hb. 1 221 u. weitergehend Lb. 2 162. Aber auch der Grundsatz des § 50 (das. N. 4 II a—c) kann für den Anstifter o. Gehilfen keine Strafermäßigg. herbeiführen, weil nach diesem die aus persönl. Verhältnissen entspringenden strafmindernden Tatumstände nur demj. Teilnehmer zuzurechnen sind, bei dem sie vorliegen; so die GM., insbs. RG. FS. 10. Aug. 81, 29. Juli 91, E. 4 377, 22 106, Berlin 20. März 74, 15. Sept. 75 O. 15 167, St. 5 299; vgl. dagegen Binding Lb. aO., der zwischen den Fällen der Nr. 1 u. 2 unterscheidet.

6) Auf die Qualifikation der strafb. Hdlg. haben die in den §§ 157, 158 vorgesehenen besonderen Umst. keinen Einfluß, so daß durch diese auch die Zuständigkeit der Gerichte unbeeinflußt bleibt (§ 1 N. 7a); RG. I 25. Jan., III 21. Mai 83, E. 8 177, R 5 372.

7a) Das Vorliegen mehrerer der in den §§ 157, 158 vorgesehenen Umst. ist denkbar, führt jedoch nicht eine mehrfache Strafermäßigung herbei; das Gesetz kennt solche nur einmal und darf, da es um eine Ausnahmebestimmung sich handelt, nicht ausdehnend ausgelegt werden; RG. II 12. Okt. 83 E. 9 74, Binding Lb. 2 163, v. Liszt S. 593 N. 16, Frank N. II.

b) Beim Zusammentreffen mehrerer strafb. Hdlgen (§ 74 N. 9), für die durchweg Strafermäßigung einzutreten hat, ist zunächst für jeden Meineid die „an sich verwirkte Strafe" zu finden, diese dann zu ermäßigen und ev., wenn danach für den Einzelfall Zuchth. unter 1 J. verwirkt war, nach § 21 in Gefängnis zu verwandeln; aus den so gefundenen Einzelstrafen ist die Gesamtstr. zu bilden; RG. II 15. Apr. 98 E. 31 106, Binding Lb. 2 161 N. 5.

c) Handelt es sich um ein Meineidsdelikt, sei es bei Leistung nur eines Eides o. bei Leistung mehrerer Eide in fortgesetzter Hdlg. (§ 154 N. 15), so kann einer der strafvermindernden Umstände vorliegen, sei es bei einem einzelnen Aussagepunkt bzw. bei einer der — unselbstdgen — Aussagen, dagegen bei einem anderen Punkte bzw. bei einer anderen Aussage nicht; es fragt sich, ob in diesen Fällen, die gleich zu behandeln sind (§ 73 N. 9), die Strafermäßigung Platz greift o. nicht; bei der Einheitlichkeit des Delikts kann die Antwort nur einheitlich bejahend o. verneinend lauten; da es sich um die Anwendung einer Ausnahmevorschrift handelt, die zum Teil jedenfalls in solchen Fällen nicht Platz greift, wird man für die Verneinung sich zu entscheiden haben; so RG. I 2. Feb. 03 G. 50 133 btr. eines fortgesetzten Meineids.

Zu § 157. N. 8—10.

8) Die dem „Zeugen oder Sachverständigen" (§ 154 N. 1 ff.) — nicht etwa auch einer Partei (RG. I 1. Nov. 81 E. 5 124) — in den Fällen des § 157 zustatten kommende Strafermäßgg. beruht, nach den Motiven, darauf, daß „in ihnen mit der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, die Rücksicht auf die eigene Gefahr bzw. auf die Gefährdung eines Angehörigen

Digitized by Google

in Kollision tritt". Demgemäß kommt nur dem, der dem Zeugniszwang ausgesetzt ist, die Ermäßigung zugute, nicht dem, der etwa eine eidesst. V. freiwillig, z. B. behufs Abwendung einer Zwangsvollstreckung, abgibt; RG. II 23. Dez. 02 E. 36 49.

a) Im Falle der Nr. 1 hat der Schuldige stets Anspruch auf die Strafermäßgg., selbst dann, wenn er über das ihm zustehende Ablehnungsrecht (ZPO. §§ 384 [2], 402, StPO. §§ 54, 72, MStGO. § 190) belehrt worden sein sollte, was übrigens nicht vorgeschrieben ist (Binding Lb. 2 162), sowie auch dann, wenn er durch eigenes Verschulden sich in die Lage gebracht hatte, durch Angabe der Wahrheit der Möglichkt. der Verfolgung sich auszusetzen; RMG. III 8. Jan. 02 E. 2 123 (übrigens mit der richtigen Folgerung, daß, wenn eine wissentl. f. Ansch. durch einen Eid bekräftigt ist, die Strafermäßigg. nur eintritt, falls das f. Zeugnis mit der f. Ansch. in Realkonk. steht), München 24. Aug. 74 St. 4 131, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 3.

b) Im Falle der Nr. 2 dagegen ist die Strafermäßgg. ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß der Aussagende die falsche Aussage erstattet hat: „ohne über sein Recht, die Aussage ablehnen zu dürfen, belehrt worden zu sein". Hat die Belehrung vor der Vernehmung stattgefunden (einer neuerlichen Belehrung vor der nachträglichen Beeidigung bedarf es nicht; RMG. III 27. Nov. 01 E. 2 67), so fällt der Anspruch auf Strafermäßgg. fort, was im Gegensatz zur Nr. 1 daraus sich erklärt, daß hier eine Kollision mit eigenen Interessen, dort nur mit Interessen Angehöriger eintritt. Eine Belehrung über das Ablehnungsrecht ist in den Prozeßgesetzen (ZPO. § 383 [2], StPO. § 51 [2], MStGO. § 187 [2]) keineswegs durchweg vorgeschrieben, sondern nur dann, wenn das Zeugnis wegen persönlicher Beziehungen zur Prozeßpartei o. zum Beschuldigten verweigert werden darf (RG. II 31. Mai 81 N. 3 350). Ist der Angehörige nicht Partei o. Beschuldigter, sondern ohne dieses durch die Auskunft des Zeugen auf gewisse Fragen einer Gefahr ausgesetzt, so ist eine Belehrung über das Ablehnungsrecht nicht vorgeschrieben, welcher Umstand nicht zu der Annahme verleiten darf, daß § 157 [2] aldann keine Anwendung finde; so: Binding Lb. 2 161, Frank N. 1 2; aM. Rüd.-St. N. 6. Übrigens stellt angesichts der Prozeßordnungen das Resultat sich heraus, daß dem Zeugen die Strafermäßgg. nicht zur Seite steht, wenn die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen einer Übertr. nach sich ziehen könnte (vgl. § 157 [1]), dagegen wohl, wenn sie für einen Angehörigen die Gefahr der Bestrafung wegen einer Übertr. nach sich zieht; denn StPO. §§ 51, 54 sowie MStGO. §§ 187, 190 haben allgemein jede strafgerichtl. Verfolgung zur Voraussetzung; Binding Lb. aO., Hälschner 2 924, Rüd.-St. N. 5; vgl. auch Oppenh.-D. N. 6.

Vgl. übrigens das § 156 N. 4 wiederholt zit. RG. 36 1 btr. analoger Anwendung der zu a u. b bezeichneten zivilprozessualen Vorschriften hinsichtl. der Grenzen der Zeugnispflicht der unehel. Mutter im vormundschaftl. Erhebungsverfahren.

9) Im Falle der Nr. 1 genügt die Feststellung, daß die Angabe der Wahrheit die Gefahr einer Verfolgung „wegen eines V. oder V." nach sich ziehen konnte, da das Gesetz keinerlei Gewicht darauf legt, ob das eine oder das andere der Fall; Wertheimer Mischgesetze S. 39, Oetker GS. 64 119.

Für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzung der Nr. 1 ist die Zeit entscheidend, zu der die Aussage abgegeben wurde; wird erst durch eine spätere Gesetzgebung die Verfolgung wegen eines V. oder V. unmöglich, so bleibt der Anspruch auf Strafermäßgg. dennoch bestehen; v. Schwarze N. 8, v. Liszt Falsche Aussf. S. 243.

Die Nr. 1 findet auch dann Anwendung, wenn die Angabe der Wahrheit lediglich in Verbindung mit anderen, vom Zeugnisse nicht umfaßten, Tatsachen die Möglichkeit einer Strafverfolgung herbeigeführt hätte; Berlin OAG. 13. Juli 72 O. 13 422, Schütze S. 313 N. 18, Rüd.-St. N. 3, v. Liszt Falsche Aussf. S. 244. Ferner dann, wenn die Angabe der Wahrheit den Tatbestand einer strafb. Hdlg. des Aussagenden offenbart haben würde, mag er auch durch seine wahrheitswidrige Aussage sich selbst einer — nicht begangenen — strafb. Hdlg., vielleicht derselben juristischen Qualifikation, beschuldigen.

Falls der Meineidige irrtümlich angenommen hatte, daß er der Verfolgung wegen eines V. oder V. sich aussetzen würde, während er bei Angabe der Wahrheit gar keiner

Digitized by Google

Verfolgung oder nur einer solchen wegen einer Übertr. ausgesetzt war, muß dennoch die Strafermäßgg. eintreten (vgl. § 59 N. 25c); so: Binding Lb. 2 163, H. Meyer S. 727 N. 26, Frank N. I 1, Rüd.-St. N. 5; aM.: Geyer 2 159, v. Liszt S. 593 N. 14 u. aO., v. Schwarze N. 7. Umgekehrt findet Nr. 1 aber auch dann Anwendung, wenn der Meineidige in Unkenntnis darüber war (§ 59 N. 24a), daß die Angabe der Wahrheit eine Verfolgung wegen eines B. o. B. nach sich ziehen könne, solches aber tatsächlich der Fall war; so: RG. II 3. Juni 92 E. 23 149, Geyer, Frank aO.; aM. Binding aO. N. 2.

10) Im Falle der Nr. 2 bezeichnet das „zugunsten" den Gegensatz zu dem im § 154$_2$ gebrauchten „zum Nachteile". Die Bedeutung jener Worte ergibt sich sonach aus dem zu § 154 N. 11b Bemerkten. AM. Rubo N. 5.

§. 158.

Gleiche Strafermäßigung tritt ein, wenn derjenige, welcher sich eines Meineides oder einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht hat, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet und bevor ein Rechtsnachtheil für einen Anderen aus der falschen Aussage entstanden ist, diese bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 156.

Vgl. § 157 Abs. 1 u. 2.

1) Die nach § 158 für den eines „Meineides 2c. Schuldigen" eintretende „Strafermäßigung" rechtfertigt sich, nach den Motiven, dadurch, „daß durch die Hdlg. des Schuldigen die geschehene Strafverletzung in ihren objektiven Folgen als aufgehoben erscheint", ein Umstand, der allerdings der vollendeten Tat gegenüber nur ausnahmsweise (§ 46 N. 16a) bei Aufstellung der Strafsanktionen Berücksichtigung findet.

Wenn es hißt „Gleiche Strafermäßigung tritt ein", so bezieht sich das nur auf die durch § 157 ermäßigte Strafvorschrift (vgl. § 49a N. 21$_2$), weshalb das. N. 1—7 zu vergleichen, keineswegs auf die Voraussetzung des § 157, daß es um den Meineid eines Zeugen o. Sachverständigen, nicht einer Partei sich handeln müsse (N. 4b); RG. I 25. Apr. 87 E. 16 29. Über den Charakter der Strafermäßigung aus § 158, der von der aus § 157 wesentlich verschieden ist, vgl. insbs. das. N. 1$_3$.

Die btr., die Strafermäßgg. herbeiführende Handlung des Schuldigen ist der „Widerruf seiner falschen Aussage bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat".

a) Unter „Widerruf" ist jede Erklärung zu verstehen, durch die der Erklärende den Inhalt einer von ihm früher abgegebenen Erklärung, wenn auch nur indirekt, als unrichtig anerkennt, während nicht notwendig ist, daß das direkte Gegenteil des früher Ausgesagten für richtig erklärt werde; fehlt es an der Beziehung der zweiten Erklärung auf die erstere, so daß diese vom Erklärenden unberührt gelassen wird, so liegt kein Widerruf vor, sondern vielmehr ein Widerspruch zwischen beiden Erklärungen (s. u. c.); RG. II 7. Nov. 82, 4. Juli 93, 6. Dez. 87, E. 7 154, 24 259, R. 9 697 (alle btr. § 163$_2$).

Dem Widerruf steht der Versuch eines solchen nicht gleich; RG. II 3. Feb. 03 E. 50 135.

b) Der Schuldige muß die Aussage „bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat", widerrufen. Für die Auslegung, wann eine Identität der Behörde in diesem Sinne vorliege, ist die der Bestimmung offensichtlich zugrunde liegende gesetzgeberische Absicht, den Täter zum Widerruf zu bewegen, maßgebend; zur Erreichung dieses Zweckes aber ist es von entscheidender Bedeutung, daß der Widerruf zur Kenntnis derjenigen amtlichen Stelle gebracht werde, bei der die falsche Aussage, wenn sie nicht widerrufen wäre, ihre rechtlichen Wirkungen äußern würde; RG. II 5. Apr. 95 E. 27 148. Dementsprechend ist die Gültigkeit des Widerrufs namentlich angenommen, wenn die Abgabe der Aussage und die Erklärung des Widerrufs nur bei verschiedenen Organen derselben

Digitized by Google

Behörde erfolgten; so RG. III 5. Juli 83 N. 5 505 (Oberamtsrichter u. Kassenakzessist desselben AmtsG.) und sind von dem zit. RG. E. 27 148 insbs. in einem staatsanwaltsch. Ermittelungsverf. zwei um Vernehmung desselben Zeugen ersuchte Amtsgerichte als Organe eines einheitl. Verfahrens erachtet; aber auch weitergehend: I 15. Nov. 83, 7. Nov. 01, E. 9 333, 34 422, (die Strafk. eines LG., bei der der Widerruf erfolgte, sei im Verhältnis zu dessen Untersuchungsrichter, bzw. zu dem Amtsgerichte, dem die Führung der Voruntersuchung übertragen war, und dem von diesem um Vernehmung des Zeugen ersuchten Amtsgerichte keine andere Behörde; bzw. innerhalb eines staatsanwaltschaftl. Ermittelungsverf. könne die vor einem Amtsg. abgegebene s. eidl. Zeugenauss. wirksam durch Erklärung gegenüber einem von der StAschaft beauftragten Gendarm widerrufen werden); ferner IV 24. Feb. 88 E. 17 341 (der Widerruf einer bei einem Notar gemäß PrG. v. 12. März 1869 § 3 im Erbeslegitimationsverfahren [vgl. jetzt BGB. B. V Abschn. 8] abgegebenen eidesst. Vers. könne nicht nur bei dem Notar selbst, sondern auch bei dem zuständigen Amtsgerichte erfolgen), sowie endlich in allgemeiner Fassung IV 4. März 04 G. 51 194 (es genüge, falls der Widerruf bei der Behörde erfolge, die den Anlaß zur Abnahme des Eides durch eine andere Behörde gegeben habe). Anders lag aber der Fall bei RG. II 17. Juni 90 E. 21 8 (Abgabe der falschen Aussage beim SchöffenG., Widerruf bei der StAschaft), das auch jener weitgehenden Auffassung gegenüber richtig erscheint, wenn es hier verschiedene nebeneinander wirkende Behörden annimmt, mögen sie auch zufolge der ihnen überwiesenen Geschäftstätigkeit dazu bestimmt sein, in weitem Umfange miteinander in Wirksamkeit zu treten; bsgl. ist nach der Gerichtsverfassung die Strafk. als BerufungsG. für eine andere Behörde angesehen, als das erstinstanzl. SchöffenG.; so RG. IV 15. Jan. 97 E. 29 303; aM. Binding Lb. 2 160 N. 3.

Die Bestimmung schließt zwar eine vermittelnde Tätigkeit anderer Personen o. Behörden nicht aus, weshalb notwendig nicht ist, daß der Widerruf persönlich u. unmittelbar erklärt werde (RG. IV 15. Feb. 96 E. 28 162), immerhin aber muß er an die im Gesetze bezeichnete Behörde sich richten und erlangt nur dadurch Kraft, daß er an diese letztere gelangt; geschieht solches nicht mehr rechtzeitig, so ist die frühere Einreichung bei einer anderen Behörde wirkungslos; Schütze S. 313 N. 19, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 2, v. Liszt Falsche Auss. S. 239, N. Herzog Rücktritt S. 257.

c) Eine bestimmte Form des Widerrufs ist nicht vorgeschrieben; es kommt deshalb nur auf die Tatsache selbst an, wobei jedoch der Unterschied von Widerspruch (s. o. a) in den verschiedenen Aussagen und Widerruf der einen durch die andere nicht außer acht zu lassen ist. So, in beiden Beziehungen, die zu a zitt. RG. E. 7 154, N. 9 697.

d) Ob der Widerruf in derselben Sache erfolgt, in der die Aussage abgegeben wurde, ist gleichgültig.

2) Die, der positiven Feststellung bedürfende (Oppenh.-D. N. 12), Rechtzeitigkeit des Widerrufs bestimmt sich, wie durch das kopulative „und" ausgedrückt wird, durch ein doppeltes Moment; RG. II 30. Jan. 83 N. 5 74 (btr. § 163). Deshalb kann, wenn auch nur durch eine der beiden besonderen Voraussetzungen eine Zwangslage gegeben ist, die einmal verwirkte Strafe nicht mehr durch Widerruf ermäßigt werden; RG. II 6. Dez. 87 N. 6 697 (btr. § 163_2). Ein Ausschluß der strafermäßigenden Wirkung des Widerrufs durch andere Momente ähnlicher Art ist aber nach der Gesetzesfassung nicht statthaft; so darf die Wirkung z. B. nicht deshalb abgesprochen werden, weil der Widerruf die Folge eines Zwanges zur Eidesleistung ist; so zit. RG. N. 6 697.

Beide Momente sind übrigens, worüber nach der Fassung des Gesetzes kein Zweifel ist, rein objektiver Natur — beschränkt strafaufhebende Umst. (§ 157 N. 1_2) —, so daß ein in Unkenntnis des bereits erfolgten Eintritts jener Momente erfolgender Widerruf dem Schuldigen nicht zustatten kommen kann (vgl. einerseits § 59 N. 25e, andererseits § 157 N. 9); so die GM.

3) Einmal darf gegen den Schuldigen („gegen ihn") „weder eine Anzeige erfolgt, noch eine Untersuchung eingeleitet" sein. Da unter letzterer eine Kriminaluntersuchung zu verstehen ist (vgl. §§ 111 N. 3, 154 N. 11a), so ergibt sich folgeweise, daß

Digitized by Google

auch die „Anzeige", obschon nicht ausschließlich, auf die Herbeiführung einer solchen gerichtet, also eine Strafanzeige sein muß; RG. III 5. Okt. 81 E. 5 92, II 2. Nov. 94 G. 42 391. Demgemäß muß sie, soweit die StPO. Platz greift (vgl. auch MStGO. § 151) nach § 156$_1$ bei der StAschaft, den Behörden u. Beamten des Polizei- u. Sicherheitsdienstes oder den Amtsgerichten — unmittelbar oder mittelbar — angebracht sein, wenn sie für den Fall des § 158 in Betracht kommen soll. Was die ohne Anzeige, also von Amts wegen, erfolgende „Einleitung einer Untersuchung" betrifft, so ist sie nicht gleichbedeutend mit der Eröffnung einer gerichtl. Untersuchung i. S. der StPO. § 151, sondern es fällt jede gegen die Person des Meineidigen gerichtete Erforschung des Sachverhalts seitens einer zur Verfolgung strafb. Hdlgen zuständigen Behörde darunter (vgl. StPO. §§ 158, 161); RG. II 17. Juni 90 E. 21 8 (btr. § 163$_2$, mit der Ausführung, daß der Begriff nur aus dem StGB. selbst, nicht aus den Vorschriften des Strafverfahrens zu bestimmen sei), Schütze S. 313 N. 19, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 5, v. Liszt Falsche Ausf. S. 239, auch Hälschner 2 925 N. 1, R. Herzog Rücktritt S. 258; aM. Binding Lb. 2 160 N. 5, StPO. § 161$_1$ habe außer Betracht zu bleiben, weil die Polizei keine Untersuchg. „einleiten" könne. In der Praxis des RG. ist angenommen, daß die

a. Mitteilung des Angekl. in einer Hauptverhandlung, ein Zeuge habe Unwahres ausgesagt, nicht notwendig eine Anzeige, die neue Befragung seitens des Vorsitzenden nicht notwendig eine Untersuchung sei; zit. E. 5 92 (btr. § 163$_2$);

b. wörtliche Aufnahme der Aussage eines (vereidigten) Zeugen in das Protokoll über die Hauptverhandlung mit der Einleitung der Untersuchung gegen den Zeugen, selbst wenn jene auf Antrag der StAschaft geschah, nicht notwendig gleichbedeutend sei; II 7. Nov. 82 E. 7 154.

4) Ferner ist die Rechtzeitigkeit des Widerrufs (N. 2) dadurch bedingt, daß er erfolgt sein muß, „bevor ein Rechtsnachteil für einen anderen aus der falschen Aussage entstanden ist".

a) Es handelt sich zunächst um einen „aus der falschen Aussage entstandenen Rechtsnachteil". Daraus folgt, daß nicht der in der falschen Eidesleistung selbst und zwar sowohl seitens einer Partei als auch seitens eines Zeugen 2c. begrifflich enthaltene Rechtsnachteil gemeint sein kann; es handelt sich vielmehr um einen Nachteil, der aus der falschen Eidesleistung als Folge erwachsen ist; RG. I 25. Apr. 87, IV 15. Jan. 97, E. 16 29, 29 303 (letzteres den Kausalzusammenhang annehmend zwischen einer falschen belastenden Aussage und der Verurteilung in 1. Instanz, trotzdem auch in der Berufungsinstanz bei Abgabe einer anderen Aussage Verurteilung erfolgte). Die Anbahnung einer nachteiligen Veränderung der Rechtsverhältnisse, die bloße Rechtsgefährdung, genügt nicht, sie muß vielmehr wirklich vollzogen sein; RG. III 5. Juli 83 N. 5 505, IV 12. Mai 03 E. 36 240, Binding Lb. 2 160 f., Hälschner 2 925 N. 2. Der Rechtsnachteil kann unter Umständen in der eidlichen Bekräftigung eines unvollständigen Vermögensverzeichnisses liegen (RG. IV 1. Okt. 89 E. 19 408 btr. § 163$_3$), doch ist dies keineswegs ohne weiteres der Fall (RG. II 11. Juni 97 G. 45 274); es wird namentl. darauf ankommen, ob nicht die angezeigten Vermögensstücke zur Befriedigung ausreichen und beitreiblich sind.

b) Wenn § 158 von dem „aus der falschen Aussage entstandenen Rechtsnachteil" spricht, so hat er damit keineswegs nur die Aussage eines Zeugen o. Sachverständigen im Auge (wie § 157), sondern § 158 will — was durch den Ausdruck „Aussage" nicht ausgeschlossen wird — auch auf den Parteieid angewendet werden; denn der Grund, auf dem die Strafermäßgg. aus § 158 beruht, paßt nicht nur auf den Meineid eines Zeugen, sondern ebensosehr auf den einer Partei (anders im Falle des § 157, wo es um vor der Eidesleistg. gelegene Tatsachen entschuldigenden Charakters sich handelt, denen der Eigennutz der Prozeßpartei mit Recht nicht angereiht ist). So: zit. RG. E. 16 29, Dochow HH. 3 247 N. 9, v. Schwarze N. 2. AM. Hälschner aO., auch Binding Lb. 2 161 N. 4 „tatsächlich", obschon der Ausdruck „Aussage" den Parteieid nicht ausschließe.

c) Unter „Rechtsnachteil" ist, unter der zu a bezeichneten Voraussetzung, zu verstehen jede äußerlich erkennbare Beeinträchtigung eines anderen in einem ihm zustehenden

Digitized by Google

Rechte oder in seiner Rechtsstellung. Er ist folglich einerseits nicht auf Vermögensnachteile beschränkt; RG. III 24. Mai 82, II 30. Jan. 83, R. 4 510, 5 74, IV 13. Apr. 88, 12. Mai 03, E. 17 307, 36 240. Andererseits wird aber doch ein materieller Nachteil erfordert, eine bloß ideelle Benachteiligung schließt die Ermäßgg. nicht aus; so zitt. RG. E. 16 29, 36 240; aM.: Hälschner aO., v. Schwarze N. 6, v. Liszt Falsche Ausf. S. 239. Zutreffend konnte hiernach ein „Rechtsnachteil" gesehen werden in einer Verurteilung in 1. Instanz trotz Zulässigkeit der Berufung; so das zu a zit. RG. E. 29 303.

d) In Betracht kommt der „für einen anderen" entstandene Rechtsnachteil, also nicht bloß der für eine der Parteien oder den Angeklagten, sondern auch der für jeden Dritten entstandene, für einen solchen z. B. dadurch, daß er auf Grund der falschen Aussage in eine Untersuchung gerät.

5) In der Praxis des RG. ist die Rechtzeitigkeit des Widerrufs wegen bereits vorliegenden Rechtsnachteils verneint:

a. bei Ergehen eines verurteilenden Zivilurteils, auch schon vor dessen Rechtskraft; II 30. Jan. 83 R. 5 74;

b. bei einstw. Einstellung einer Zwangsvollstrckg.; II 6. Dez. 87 R. 9 697 (btr. § 163_2);

c. bei erfolgter Erhebung einer Anklage wegen einer schwereren Straftat als der wirklich begangenen (schon wegen Erschwerung der Verteidigung); IV 13. Apr. 88 E. 17 307.

6) Auf das Motiv, aus dem der Widerruf der falschen Ausf. erfolgt, kommt nichts an; er kann auch durch Drohung mit Anzeige veranlaßt sein; Binding Lb. 2 161. Deshalb ist der Eintritt der Strafermäßigung auch nicht dadurch bedingt, daß ein Geständnis des Meineides 2c. abgelegt wird. Hieraus ergibt sich das Unrichtige der in der Praxis und in den Motiven für diesen Fall gebrauchten Bezeichnung der „tätigen Reue".

§. 159.

Wer es unternimmt, einen Anderen zur Begehung eines Meineides zu verleiten, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, und wer es unternimmt, einen Anderen zur wissentlichen Abgabe einer falschen Versicherung an Eidesstatt zu verleiten, mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 130. Entw. I § 139, II § 157. StB. S. 635, 1170.

Vgl. § 159 Abs. 2 sowie MStGO. § 341.

1) Über die Entstehungsgeschichte der §§ 159, 160 vgl. N. 1 zu § 159 der 5. Aufl. Zu § 159. N. 2—10.

2) Die Strafbestimmung des § 159, die das „Unternehmen der Verleitung" (ebenso im $§ 357_1$; wegen „Verleitung" vgl. § 141 N. 4) „zur Begehung eines Meineides" oder „zur wissentl. Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt" betrifft, erhebt ausnahmsweise (§ 48 N. 24) einen Fall der erfolglosen Anstiftung zu einer strafb. Hdlg.; RG. III 12. Nov. 79, II 9. Nov. 80, E. 2 283, 3 26, Binding Lb. 2 163, 164 N. 6, v. Wächter S. 476, Voigt G. 28 228. Die allgemeinen Vorschriften des § 48 i. V. mit § 43 sind daher durch die Sondervorschrift des § 159 ausgeschlossen. Andererseits aber hat § 159 dem § 49a gegenüber (das. N. 19) seine Geltung voll bewahrt; so: Binding Lb. 2 165, Hälschner 2 929, Voigt aO. S. 230, Göbel Unternehmen S. 21; aM. Harburger Teiln. S. 358 ff.

Da es sich aber um einen Fall der, obschon erfolglosen, Anstiftung handelt, so ist in subjektiver Beziehung für den Täter die Richtung des Willens darauf, daß der zu Verleitende wissentlich etwas Unwahres beschwöre, erforderlich, mithin, wenn auch nicht das Wissen, so doch die Annahme, der zu Verleitende werde, wenn er der Anregung Folge gebe, wissentlich etwas Unwahres beschwören; RG. II 20. Apr. 86 R. 8 302, III 20. Sept. 97 G. 45 423. Tatsächlich braucht zur Erfüllung des Tatbestandes des § 159 weder das eine, noch das andere zuzutreffen (N. 3_2).

Ein Erfolg ist übrigens durch die Einwirkung schon eingetreten, wenn es wenigstens zu einem Meineidsversuch gediehen ist, weshalb in einem solchen Falle nicht § 159,

Digitized by Google

sondern § 48 (vgl. N. 17a) i. V. mit §§ 153 f., 43 zur Anwendung kommt; RG. III 15. März 86 E. 14 19, IV 9. Okt. 88 N. 10 555.

3) „Unternehmen" ist hier nicht in dem engeren, spezifischen Sinne des § 82 (dazu N. 2), sondern in seiner weiteren Bedeutung zu verstehen (§ 105 N. 2), wonach es jede Hdlg. umfaßt, die zur Erreichung des im § 159 bezeichneten Vorhabens vorgenommen wird, also auch solche Hdlgen, die im Hinblick auf den zu veranlassenden Meineid materiell als bloß vorbereitende sich darstellen (während sie andererseits als Ausführungshdlgen des Tatbestandes des § 159 erscheinen). So: RG. II 9. Nov. 80, III 4. Juni 83, E. 3 26, 354, Hälschner 2 926, v. Liszt S. 592, Göbel Unternehmen S. 7. AM. einerseits H. Meyer S. 729 (200), der Unternehmen i. S. des § 81 (82) faßt, andererseits Berner S. 140 u. Binding Lb. 2 163 N. 5, die Untern. hier mit Versuch (§ 43) gleichstellen; so aber auch RG. III 12. Nov. 79 E. 2 283 (versuchte Verleitung), 11. Okt. 83 N. 5 592 (das von dem Standpunkte aus, ein strafb. Vers. an untaugl. Objekte sei denkbar, keinen Unterschied annimmt), IV 6. Mai 98 E. 46 320 (erfolgloser Vers. der Anstftg.). Folgeweise kommen für den Tatbestand des § 159 nicht bloß solche Handlungen in Betracht, durch die das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, sondern auch solche, die dieses Ziel mittelbar verfolgen, d. h. namentl. auf dem Wege der Einwirkung durch eine Mittelsperson; so auch zit. RG. N. 5 592 u. Harburger Teiln. S. 351. Demnach ist auch der erfolglose Versuch der Anstiftung zur Meineidsverleitung, den Binding Lb. 2 165 u. Harburger Teiln. S. 358 nach § 49a strafen wollen, als ein Unternehmen i. S. des § 159 strafbar. So: zit. RG. E. 3 26 (aus dem das zit. RG. N. 5 592 jedoch zu Unrecht nur den Satz entnimmt, die Einwirkung auf die Mittelsperson dürfe schon zu denjenigen Hdlgen gezählt werden, die einen Anfang der Ausführung des auf die Verleitung gerichteten Entschlusses enthielten, und gehöre deshalb nicht zu den bloßen Vorbereitungshdlgen), IV 4. Feb. 87 E. 15 259, RMG. I 17. Nov. 02 E. 4 28, Hälschner 2 928, v. Liszt S. 592 u. Falsche Ausf. S. 186. AM.: München 15. Mai 74 St. 4 26 (selbst in einem Falle, wo der andere dem Dritten wenigstens gesprächsweise von der versuchten Einwirkung Mitteilung gemacht hatte), Geyer 2 160 u. ZStrW. 2 310, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 6, auch Harburger Teiln. S. 352 f., 358, es stehe nur die Beeinflussung des Willens des „anderen" d. h. desjenigen, der schwören solle, in Frage, nicht aber die des Willens eines Dritten zum Zwecke der von ihm zu betätigenden Beeinflussung des Willens des anderen; das sei vielmehr Anstiftung (N. 7) des Dritten zum Zwecke der von ihm zu versuchenden Verleitung; mißlinge diese, so fänden ev. die §§ 49a, 159 Anwendung, während, wenn ein Verleitungsversuch die Folge sei, die §§ 48, 159 Platz griffen. Unerläßlich bleibt aber zur Anwendung des § 159 auch unter der Voraussetzung einer nur mittelbaren Einwirkung, daß der zu verleitende Dritte eine bestimmte, bereits vorhandene und bekannte, Person sei, während anderenfalls unter Umständen § 49a zur Anwendung kommen kann; RG. I 22. Mai N. 4 504. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die angestrebte Verbindung zwischen der Mittelsperson und dem zu Verleitenden auch wirklich hergestellt worden; zit. RG. N. 4 50 Folgerichtig hat RG. I 4. Dez. 84 N. 6 777 schon in der Absendung eines die Meineidsverleitung bezweckenden Briefes an die Mittelsperson das Unternehmen für vollendet erachtet, ohne Rücksicht darauf, ob der Brief an seine Adresse gelangte (hiergegen Harburger Teiln. S. 350), u. das zit. RG. E. 46 320 nicht einmal die Absendung verlangt, sondern den Beginn mit der Anwendung des auf die Verleitung berechneten Mittels (Abstreifung beschriebener Manschetten vom Arme mit einer Anweisung an eine Mittelsperson), während es allerdings in Übereinstimmung mit dem zit. RG. N. 5 592 in der bloßen Abfassung eines Schriftstückes in der Absicht, durch dieses die Verleitung vorzunehmen, ein „Unternehmen der Verleitung" nicht sah (wohin die logische Entwickelung aus dem eingangs hingestellten Begriffe allerdings führen würde).

Handelte es sich im § 159 nur um den begrifflich konstruierbaren „Versuch der Anstiftung" (§ 48 N. 24), so würde der Tatbestand des § 159 nach der diesseitigen Ansicht (§ 48 N. 20) alsdann nicht für vorliegend zu erachten sein, wenn die beeinflußte Person absolut unfähig ist, einen Eid zu leisten (§ 153 N. 3) bzw. eine eidesstattl. Versicherung

Digitized by Google

abzugeben. Nach dem Begriffe des Unternehmens wird man aber den Tatbestand durch das Vorliegen eines untauglichen Objektes, d. h. hier durch die bezeichnete absolute Unfähigkeit der beeinflußten Person, nicht rechtsgrundsätzlich für ausgeschlossen erachten dürfen, obschon die Eidesunfhgkt. des zu Verleitenden tatsächlich für die Beurteilung des Willens des Täters ins Gewicht fällt; so auch im Resultat, insbs. bezüglich des Unternehmens der Verleitung eines Eidesunmündigen (§ 153 N. 3b), RG. III 10. Juni 82 N. 4 559 und im allg.: RG. II 21. März, I 10. Juli 82, N. 4 267, 684 (sowohl nach dem Wortlaute der Vorschrift als nach deren innerem Grunde komme im einzelnen Falle die Ursache, aus der der Eintritt des gewollten Erfolges unterblieb bzw. unterbleiben mußte, nicht in Betracht), Binding Lb. 2 164, Hälschner 2 927, Zimmermann GS. 32 141; aM. v. Schwarze N. 2. Vgl. auch RG. III 23. Nov. 82 E. 7 321, die Frage erörternd, unter welchen Voraussetzungen der Tatbestand des § 159 in der Aufforderung gefunden werden könne, bei einer Aussage als Zeuge eine Tatsache zu verschweigen, wenn Zeuge nach ihr nicht ausdrücklich gefragt werde, während RG. III 16. Nov. 83 E. 9 280 es mit Recht für nicht erforderlich erklärt, daß der Verleitende dem zu Verleitenden bestimmte konkrete Tatsachen angebe, die dieser bezeugen solle; aM. Voigt G. 28 234. Noch weniger kann zweifelhaft sein, daß der Tatbestand vorliegt, wenn die Person nur aus prozessualen Gründen nicht vereidigt werden durfte; München 31. März 76 St. 6 229. Es kommt überhaupt nicht darauf an, aus welchem Grunde der Erfolg ausblieb; so RG. IV 4. Feb. 87 E. 15 259 (weil der zu Verleitende „nichts Nachteiliges wußte"; N. 5_2), I 15. Okt. 88 N. 10 569 (weil die zu beschwörende vom Verleiter für falsch gehaltene Tatsache objektiv richtig war), II 20. Apr. 86 N. 8 302 (weil der zu Verleitende nicht wissentlich, sd. gutgläubig — fahrlssg. o. nicht — den falschen Eid geleistet hat), und insbs. für den Fall eines fahrl. Falscheides I 14. Nov. 01 E. 34 431. Aus diesem Gesichtspunkte erscheint es auch gerechtfertigt, die Anwendbarkeit des § 159 dadurch nicht für ausgeschlossen zu erachten, daß der zu Verleitende und demnächst Schwörende seinerseits schon den Entschluß gefaßt hatte, einen Meineid zu begehen; so RG. II 11. Feb. 90 G. 38 45, FS. 25. Aug. 92 E. 23 223; vgl. jedoch die bei G. aO. N. 1 vertretene Gegenansicht.

4) Sowenig wie bei der Anstiftung der Angestiftete der Bestimmung durch den Anstifter sich bewußt zu sein braucht (§ 48 N. 13), ebensowenig bedarf es bei dem zu Verleitenden des Bewußtseins, daß der Täter ihn zu verleiten unternehme. Es ist auch gleichgültig, ob der zu Verleitende weiß, daß er in die Lage komme, einen Eid zu leisten, daß er also z. B. als Zeuge benannt sei; München 15. Mai 76 St. 6 230.

5) Wie „Meineid" nach dem Zitat im $§ 157_1$ auch den Eidesbruch umfaßt, so ist unter „wissentlicher Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt" auch die wissentlich falsche Aussage unter Berufung auf eine solche Versicherung (§ 156 S. 2) mit zu verstehen.

„Meineid" u. „wissentliche Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt" sind hiernach nur die allg. Bezeichnungen der V. u. V. aus §§ 153—155, 156. Die Feststllg. kann daher im Falle des § 159 nicht genügend durch eine Bezugnahme auf jene Gesetzesworte getroffen werden, vielmehr ist erforderlich, daß die Tatbestandsmerkmale der §§ 153 bis 156 speziell hervorgehoben werden. Dagegen bedarf es nicht der Feststellung, welche konkrete falsche Aussage der Verleitende erzielen wollte; die Angabe bestimmter konkreter Tatsachen seitens des Verleitenden ist zum Tatbestande nicht erforderlich, vielmehr genügt es, wenn dem zu Verleitenden nur überhaupt die Richtung, in der er eine falsche Aussage machen soll 2c., angegeben wird, z. B. „nichts Nachteiliges auszusagen;" RG. III 16. Nov. 83, IV 4. Feb. 87, E. 9 280, 15 259, Berlin 25. Nov. 75 O. 16 756. Im schwurgerichtl. Verfahren muß der Begriff des Meineids 2c. in der Frage aufgelöst werden; deshalb ist z. B. die auf Verleitung „zur Ablegung eines falschen Zeugnisses" gestellte Frage unrichtig; RG. I 21. März 81 N. 3 153 (vgl. auch III 12. Nov. 79 E. 2 283); dagegen erscheint es sachlich bedeutungslos, ob die Fassung gewählt wird: den „zu leistenden Eid" o. den „geleisteten Eid" durch ein f. Zeugnis zu verletzen, da der letztere Ausdruck in Hinsicht auf die Zeit, in der der zu Verleitende das Verbr. begehen soll, richtig ist.

Digitized by Google

6) Ein Versuch des Verbr. (§ 43) ist nach dem Begriffe des Unternehmens ausgeschlossen (vgl. §§ 43 N. 28a, 105 N. 5). So: Berner S. 140, Dochow HH. 3 241, Hälschner 2 927, v. Wächter S. 476 f., Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze N. 9, Voigt G. 28 235, Göbel Unternehmen S. 20. AM. H. Meyer S. 729, Schütze S. 314 N. 21, Frank N. IV; vgl. auch v. Liszt S. 592.

Es findet deshalb auch § 46 N. 5 auf den Tatbestand des § 159 keine Anwendung. So: RG. III 11. Okt. 83 N. 5 592, II 29. Apr. 84 E. 10 324, Binding Lb. 2 165, Dochow, Oppenh.-D., Göbel aO. AM.: Berner S. 140, Hälschner 2 927, v. Schwarze S. 103, Voigt aO. S. 241, R. Herzog Rücktritt S. 231. sowie Frank N. IV, der aber bei freiw. Rücktritt Strafbarkeit gemäß § 49a annimmt.

7) Anstiftung (§ 48) ist ausgeschlossen, weil die vorsätzl. Bestimmung eines anderen zum Unternehmen der Verleitung eines Dritten zur Begehung eines Meineides, nach der Ausführung o. N. 3, bereits selbst ein „Unternehmen der Verleitung" ist; so: RG. II 9. Nov. 80 E. 3 26 (vgl. auch IV 9. Okt. 96 G. 44 261), Hälschner 2 928, v. Liszt S. 592 u. Falsche Aussf. S. 185, Oppenh.-D. N. 11, Voigt G. 28 237, Göbel Unternehmen S. 21; aM.: Binding Lb. 2 165, H. Meyer S. 729, Schütze S. 315 N. 22, v. Schwarze N. 8, Harburger Teiln. S. 356, Schmitz GS. 48 56. Vgl. zu dieser Streitfrage den von Bercio ZStrW. 22 818 mitgeteilten praktischen Fall.

8) Beihilfe (§ 49) ist denkbar; dabei muß allerdings die Absicht des Gehilfen dahin gehen, zu einer erfolgreichen Meineidsleistung Beihilfe zu leisten, und darf der Wille nicht darauf beschränkt sein, daß die Beihilfe nur zu dem Unternehmen geleistet werde; vgl. § 49 N. 21. So: Binding Lb. 2 165, Schütze S. 315 N. 22, Oppenh.-D. N. 11, v. Schwarze N. 8, Harburger Teiln. S. 357, Göbel Unternehmen S. 21. AM.: Hälschner 2 928, v. Liszt Falsche Aussf. S. 186.

9) Eine Mehrheit strafb. Hdlgen (§ 74) kann auch dann angenommen werden, wenn der zu Verleitende eine u. dieselbe Person ist, und die Verleitungsversuche auf dieselbe Tat sich beziehen (RG. IV 9. Okt. 96 G. 44 261), während mehrere dieselbe Tat betreffenden Anstiftgshdlgen gegenüber derselben Person stets als einheitliche Tat sich darstellen; die Eigenschaft des Unternehmens der Verltg. als selbständigen Deliktes bedingt aber jene Konsequenz. Andererseits ist angenommen, daß das Unternehmen der Verleitung mehrerer Personen zur Begehung eines Meineids durch eine Hdlg. begangen werden könne (RG. IV 18. Apr. 02 G. 49 264), während bei Anstiftg. mehrerer Personen nach Ansicht des RG. mehrere selbständige Hdlgen vorliegen würden (§ 73 N. 19II a).

10) Die Hauptstr. des Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. ($§ 14_3$), des Verg. Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16). Wegen der Nebenstrafe vgl. $§ 161_2$.

Es verjährt die Strafverfolgung des Verbr. nach $§ 67_1$ in zehn, diejenige des Verg. nach $§ 67_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^2, 73^1, 27.

§. 160.

Wer einen Anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, und wer einen Anderen zur Ableistung einer falschen Versicherung an Eidesstatt verleitet, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). StB. S. 1170.

Vgl. MStGO. § 341.

1) Nach der Entstehungsgeschichte (§ 159 N. 1) will § 160, im Gegensatz zum *§ 159* (das. N. 5), die Verleitung zu einem lediglich objektiv falschen Eide bzw. zu einer solchen eidesstattlichen Versicherung treffen, bei deren Ableistung dem Schwörenden oder eidesstattlich Versichernden das Bewußtsein der Wahrheitswidrigkeit fehlt; so

Digitized by Google

die GM., insbs. RG. I 29. Jan., IV 5. Juni 85, E. 11 418, 12 254. Letzteres trifft namentl. auch dann zu, wenn bei Abgabe einer schriftl. eidesstattl. Versicherung der Versichernde über den Inhalt des Schriftstücks getäuscht wird; RG. IV 15. Okt. 95 G. 43 388.

Aus dem hervorgehobenen Gegensatze des § 160 zum § 159 folgt, daß die Ausdrücke „Ableistung eines falschen Eides" bzw. „einer falschen Versicherung an Eides Statt" auch die Fälle des Eidesbruches bzw. der falschen Aussage unter Berufung auf eine eidesstattliche Versicherung umfassen (§ 159 N. 5_1). Demnach gilt insoweit hinsichtlich der Feststllg. das § 159 N. 5_2 Bemerkte; RG. II 18. Okt. 92 E. 23 251 (btr. Feststllg. im schwurgerichtl. Verf.).

2) Der Tatbestand des vollendeten Verg. aus § 160 (wg. „Verleitung" vgl. § 141 N. 4), der ohne Hereinziehung des Begriffs des „Unternehmens" aufgestellt ist, hat die Ableistung des falschen Eides bzw. der eidesstattl. Versicherung — u. zwar nach Maßgabe der §§ 154, 156 vor einer zuständigen Behörde (RG. IV 15. Okt. 95 G. 43 388) — zur Voraussetzung (aM. H. Meyer S. 971), aber der Verleitete darf die Unrichtigkeit des Eidesinhaltes nicht in sein Bewußtsein aufgenommen haben; RG. IV 5. Juni 85, 14. Dez. 86, E. 12 254, 15 148 (zu letzterem Urteil vgl. das u. N. 4 zit. RG. E. 34 298). Deshalb ist auch im Absatz 2 — im Gegensatz zum Verg. aus § 159 (das. N. 3, 4) — der Versuch (vgl. Binding Lb. 2 167) für strafbar erklärt worden (§ 43_2). Bei dieser Sachlage ist ein Unternehmen der Verleitung zum falschen Eide 2c. nur dann strafbar, wenn es zugleich die Merkmale eines Versuchs enthält (§§ 82 N. 2, 105 N. 2); Dochow HH. 3 242, Schütze S. 315, v. Wächter S. 477.

Eine als Versuch zu bestrafende erfolglose Verleitung liegt insbs. dann vor, wenn nicht ein (nur objektiv) falscher Eid, sondern ein Meineid geschworen ist, sei es, daß der Schwörende den letzteren aus eigenem Entschlusse, sei es, daß er ihn infolge der Anstiftung eines Dritten geleistet hat; so: RG. I 29. Jan. 85 E. 11 418, Frank N. IV; vgl. Binding Lb. 2 168, der de lege lata zustimmt. Ein Versuch ist ferner angenommen, wenn bei objektiver Unzuständigkeit der Behörde zur Entgegennahme eidesstattlicher Versicherungen, sowohl der Verleitende, wie der Verleitete die Zuständigkeit unrichtigerweise annehmen; so das zit. RG. G. 43 388.

3) Anstiftung u. Beihilfe sind denkbar, da diese Deliktsformen sogar bei der Anstiftg. möglich sind (§§ 48 N. 23, 49 N. 22b); Binding Lb. 2 167, v. Liszt S. 593, Schütze S. 315 N. 22, Voigt G. 28 238.

4) Während die Ableistung eines falschen Eides oder einer falschen eidesstattlichen Versicherung an sich keine strafb. Hdlg. ist — weshalb auch im § 160 der Ausdruck „Verleitung" statt „Anstiftung" gewählt ist (§ 141 N. 4) —, kann sie nach § 163 dadurch strafbar werden, daß sie aus Fahrlässigkeit begangen wird. Alsdann findet nach Ansicht derjenigen, die eine Anstiftg. zu einem fahrl. Delikt für ausgeschlossen halten (vgl. jedoch § 48 N. 18 sowie § 163 N. 4), § 160 gleichfalls Anwendung (so: RG. I 2. Apr. 94 E. 25 213, Berlin 14. März 77 O. 18 205, v. Liszt S. 592 f.; aM. Binding Lb. 2 167 N. 3, von diesseitigem Standpunkt mit Recht); für den Fall einer fahrl. abgegebenen schriftlichen eidesstattl. Versicherung also namentl. auch dann, wenn der Unterzeichner des Schriftstückes nicht wußte, daß es eine solche Versicherung enthielt (§ 163 N. 2b); so auch RG. IV 18. Juni 01 E. 34 298 (unter Aufgabe der entgegenstehenden, aus dem o. N. 2_1 zit. RG. E. 15 148 sich ergebenden Auffassung).

5a) Die Hauptstrafe des volldt. schweren V. ist Gefängnis v. 1 T.—2 J. (§ 16), neben dem nach § 32 i. V. mit Satz 1 des § 160 auf VbER. erkannt werden kann. Die Strafe des volldt. leichteren V. (Satz 2) ist Gefängnis von 1 T.—6 Mt.

b) Der Versuch (N. 2) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist: für das schwerere Verg. Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27;
für das leichtere Verg. Strafk. bzw. Schöffeng.; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 161.

Bei jeder Verurtheilung wegen Meineides, mit Ausnahme der Fälle in den §§. 157 und 158, ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und außer-

Digitized by Google

dem auf die dauernde Unfähigkeit des Verurtheilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen.

In den Fällen der §§. 156 bis 159 kann neben der Gefängnißstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 158.

1) Die Vorschrift des Abs. 1 bezieht sich nur auf die Fälle einer „Verurteilung wegen Meineides". Dadurch ist, worüber namentl. auch die Stellung des § 161 keinen Zweifel läßt, von vornherein die Anwendung auf den Fall eines fahrlässigen Falscheides (§ 163) ausgeschlossen. Aber auch abgesehen hiervon, liegt eine Verurteilung „wegen Meineides" nur vor bei einer solchen wegen Verbr. aus den §§ 153—155, nicht aber falls die §§ 159 f. betroffen sind; so namentl. btr. des Unternehmens der Verleitung zum Meineide gemäß des im Abs. 2 erwähnten § 159 die GM., insbs. RG. I 10. Juni 80 E. 2 93.

Die Worte „bei jeder Verurteilung wegen Meineides" weisen nicht etwa auf alle Deliktsformen des Meineides hin, sondern dienen nur zur Verstärkung des obligatorischen Charakters der Vorschrift. Ob diese bei den Deliktsformen, abgesehen von der vollendeten Täterschaft (Mittäterschaft) Anwendung finden, bestimmt sich nach den Vorschriften des Allg. T., ebenso wie ob ihre Anwendbarkeit wegen gewisser persönlicher Eigenschaften des Täters ausgeschlossen ist.

2) Absatz 1 enthält zunächst gegen die Regel des § 32 (das. N. 3) die obligatorische Androhung des VbER. Diese Nebenstr. findet obligatorisch (Berlin 2. Juli 75 O. 16 515) nach § 45 (insbs. N. 3) auch auf den Versuch, nach § 48_3 sowie § 49_2 auch auf Anstiftung u. Beihilfe Anwendung, während sie gegen jugendliche Personen nach § 57^5 ausgeschlossen ist; so in letzterer Beziehung RG. I 26. Nov. 00 G. 47 447.

3) Absatz 1 enthält ferner die Androhung einer eigentümlichen Nebenstr. (T. I Abschn. 1 N. 3b, 5), die auch nach BGB. § 2237^3 von Bedeutung ist. Bezüglich dieser Nebenstr. besteht Übereinstimmung, daß sie auch gegen jugendliche Personen (§ 57 N. 7) zur Anwendung zu bringen sei (RG. I 29. Juni 82 E. 6 416), bsgl. im Falle der Anstiftung (RG. FS. 10. Aug. 81 E. 4 377). Streit herrscht dagegen für die Deliktsform des Versuchs und folgeweise der Beihilfe (§ 49_3); nach dem N. 1_2 aufgestellten Grundsatz ist die Anwendbarkeit dieser Nebenstr. hier jedoch zu verneinen (§ 45 N. 1_2); so: RG. III 12. Nov. 85 E. 13 76, I 6. Feb. 88 R. 10 100 (die Bedeutung der Wendung „als Dieb bestraft" im § 244 könne nicht herangezogen werden, weil für die Entscheidung der Frage nicht § 161, sondern §§ 49, 45 maßgebend seien), Berlin 2., 7. Juli 75, O. 16 515, St. 5 306, v. Liszt S. 594, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 1; aM.: Dochow HH. 3 249 N. 16, Geyer 2 160, H. Meyer S. 728, Schütze S. 316 N. 23, v. Schwarze N. 3, während v. Wächter S. 475 u. ihm folgend Binding Lb. 2 157 f. zwar im Falle des Versuchs, nicht aber der Beihilfe die Nebenstr. anwenden wollen.

Die Unfähigkeit betrifft nur die eidliche (nicht auch, wie Oppenh.-D. N. 6 annimmt, die eidesstattliche) Vernehmung als Zeuge o. Sachverständiger (ZPO. § 393^2, StPO. § 56^2, MStGO. § 199^2), nicht als Partei; vgl. jedoch ZPO. §§ 457, 470, 477. Auf diese Nebenstr. muß erkannt werden; bei Verabsäumung dessen tritt die Unfähigkeit nicht von Rechts wegen ein, so daß der wegen Meineides Verurteilte in solchem Falle als Zeuge ꝛc. eidlich vernommen werden kann; so die GM., insbs. RG. III 24. Jan. 80 R. 1 269.

Falls eine Verurteilung wegen wiederholten Meineides in Realkonk. erfolgt, ist diese Nebenstrafe dennoch nur einmal auszusprechen; § 76 N. 3_2.

4) Ein Strafverfahren in Gemäßheit des § 37 (das. N. 5, 7) ist nur zulässig behufs Herbeiführung des VbER., nicht auch der Verurteilung zur dauernden Unf., als Zeuge eidlich vernommen zu werden; auch darf, nach Einleitung eines Verfahrens auf Grund des § 37, nicht auf die letztere Nebenstrafe erkannt werden.

5) Bei Absatz 2 greift, da in keiner Weise eine Ausnahme angedeutet ist, die allgemeine Regel des § 32_1 (das. N. 5) Platz, wonach auf VbER. nur erkannt werden kann, wenn die erkannte Gefängnisstrafe drei Mt. erreicht; so die GM.

Wird im Falle des § 159 auf Zuchth. erkannt, so gilt die Regel des § 32_1 gleichfalls.

Digitized by Google

§. 162.

Wer vorsätzlich einer durch eidliches Angelöbniß vor Gericht bestellten Sicherheit oder dem in einem Offenbarungseide gegebenen Versprechen zuwiderhandelt, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 131. Entw. I § 140, II § 151.

1) Während § 154 einen Fall des Eidesbruches betrifft, der dem Meineide i. e. S. vollständig gleichgestellt ist, namentl. auch hinsichtlich der Strafbarkeit, sind die beiden im § 162 behandelten *Fälle des vorsätzlichen Eidesbruches* für bedeutend weniger strafbar als der Meineid erachtet. Der Grund liegt darin, daß es hier wesentlich um die *Verletzung gewisser, unter eidlicher Bekräftigung übernommener, kontraktlicher* o. *kontraktähnlicher Pflichten* sich handelt, deren Erfüllung in weiterer Zukunft liegt; wird auch diese demnächst unterlassen, so kann doch die Ableistung des Eides selbst im besten Glauben erfolgt sein. Vgl. § 154 N. 3 sowie Dochow HH. 3 243, Hälschner 2 933 u. v. Liszt Falsche Aussf. S. 36.

Im übrigen ist der Eidesbruch *straflos*; Verletzungen der durch einen promissorischen Eid anderer Art, z. B. durch einen Amts- o. Vormundschaftseid, übernommenen Pflichten kommen nur als Strafzumessungsgründe bei den betreffenden Standesdelikten in Betracht.

Die *fahrlässige* Verletzung der im § 162 bezeichneten promissorischen Eide ist straflos.

2) In den beiden Fällen des § 162 wird die *Ableistung eines Eides* vorausgesetzt; namentl. steht einer Sicherheitsbestellung durch *eidliches* Angelöbnis (vgl. StPO. § 55 „*eidliche* Versicherung") eine solche durch *eidesstattliches* Angelöbnis nicht gleich (so die GM.), während allerdings der unbeschränkt aufgestellte Grundsatz des § 155 auch hier gilt; Dochow HH. 3 242.

3) „*Eine durch eidliches Angelöbnis vor Gericht* (nicht auch vor einer anderen Behörde) *bestellte Sicherheit*" kennt die StPO. nicht; denn es muß angenommen werden, daß StPO. § 488 lediglich an eine Sicherheitsleistung i. S. des § 118 denkt. Dagegen ist sie im Zivilprozeßverfahren nach ZPO. § 108 zulässig.

Ein selbst gerichtlich abgegebenes eidliches Versprechen auf *Wahrung eines Geschäfts-* o. *Fabrikgeheimnisses* gehört nicht hierher, da es nicht als „bestellte Sicherheit" i. S. des § 162 anzusehen ist; vgl. 19. DZ. 188.

4) Bezüglich des „*Offenbarungseides*" ist nicht Voraussetzung, daß er „vor Gericht" geleistet sei (so: Binding Lb. 2 168, Hälschner 2 932, Oppenh.-D. N. 2, Rüb.-St. N. 3; aM.: Berner S. 438, Dochow HH. 3 242), vielmehr ist nur für erforderlich zu erachten, daß er vor einer *Behörde* abgeleistet sei, die i. S. des § 153 N. 11 *zuständig* ist.

Ein Offenbarungseid kann sowohl einen *assertorischen* als auch einen *promissorischen Inhalt* haben. Die wissentliche Verletzung seines *assertorischen* Teiles wird aus § 153 (das. N. 9_2) bestraft, und nur die Verletzung seines promissorischen Teiles fällt unter § 162. Dieser hat jedoch seine praktische Anwendung bezüglich der Offenbarungseide erheblich eingebüßt, da die neue RGesetzgebung den Offenbarungseid nur in assertorischer Formulierung kennt, wenn auch vom Gericht nach BGB. § 261_2 eine Eidesnorm mit promissorischem Inhalt beschlossen werden kann.

5) Was die Frage betrifft, wann der *promissorische Teil eines Offenbarungseides* verletzt sei, so ist auch hier (vgl. § 153 N. 4) daran festzuhalten, daß dem Inhalte des „*Versprechens*" objektiv entgegengehandelt sein muß; deshalb hat RG. III 20. Mai 82 N. 4 503 mit Recht angenommen, daß dem Versprechen, „den gegenwärtigen Aufenthaltsort nicht zu verlassen", nicht zuwidergehandelt sei, wenn der Versprechende inzwischen mit Erlaubnis der Beteiligten einen anderen Aufenthaltsort genommen hatte und dann diesen verläßt.

Da der Gesetzgeber den „Eidesbruch" nur in beschränkter Weise unter Strafe gestellt hat (N. 1_3), so ist auch anzunehmen, daß nicht der Bruch eines *jeden* „Versprechens", das irgendwelcher Art „in einem Offenbarungseide" gegeben wird, aus § 162 strafbar sein solle; das im § 162 vorausgesetzte „Versprechen" muß vielmehr innerlich u. sachlich mit dem

Digitized by Google

Zwecke des Offenbarungsverfahrens in Verbindung ſtehen und darf nicht ein dieſem Zwecke fremdes Gelöbnis ſein; zit. RG. R. 4 503, Geyer 2 155.

6) Die ſtrafb. Hdlg. ſelbſt beſteht in der „Zuwiderhandlung“ gegen das eidliche Gelöbnis bzw. Verſprechen, d. h. in der Verletzung des Verbotes, den geleiſteten Eid zu brechen (§ 1 N. 3a). Je nach dem Inhalte des Angelöbniſſes bzw. Verſprechens kann das Kommiſſivdelikt durch eine Hdlg. oder durch eine Unterlaſſung begangen werden; ſo: Hälſchner 2 933, Sturm Unterlaſſungsdelikt S. 394; aM. Schwalbach GS. 31 549, nur durch Unterlaſſung.

7) Wenn auch ein Offenbarungseid mit ſowohl aſſertoriſchem als auch promiſſoriſchem Inhalte ſtets nur Ein Eid iſt (§ 153 N. 2$_3$), ſo erfolgt die Verletzung eines ſolchen Eides in ſeinem vollen Umfange trotzdem durch zwei ſelbſtändige Handlungen; denn die Verletzung des aſſertoriſchen Teiles — der Meineid — geſchieht durch die Eidesleiſtung ſelbſt, die Verletzung des promiſſoriſchen Teiles aber — der Eidesbruch — durch eine auf die Eidesleiſtung demnächſt folgende Handlung; es liegt ſomit Realkonk. (§ 74) vor. So: RG. II 12. Apr. 81 E. 4 76, Berner S. 438, Dochow HH. 3 242 N. 2, v. Liszt S. 602 u. Falſche Ausſ. S. 249, Rüb.-St. N. 4. AM. Binding Hb. 1 559 u. Lb. 2 169 N. 1, dieſelbe Pflicht der Wahrheitsangabe, die einmal durch Eid getätigt ſei, werde mehrfach verletzt. Deshalb greift, falls nur die Aburteilung der Verletzung der einen Seite des Offenbarungseides erfolgte, der Einwand der res judicata gegenüber einer demnächſtigen Verfolgung wegen Verletzung der anderen Seite des Eides nicht Platz. Andererſeits aber iſt es prozeſſual unzuläſſig, bei einer wegen Verletzung der einen Seite eines Offenbarungseides erhobenen Anklage ohne neue Anklage eine Verurteilung wegen Verletzung der anderen Seite eintreten zu laſſen, es ſei denn, daß die Vorausſetzungen der StPO. § 265 vorlägen; zit. RG. E. 4 76.

8) Die Strafe iſt Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren.

Zuſtändig iſt Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 163.

Wenn eine der in den §§. 153 bis 156 bezeichneten Handlungen aus Fahrläſſigkeit begangen worden iſt, ſo tritt Gefängnißſtrafe bis zu Einem Jahre ein.

Strafloſigkeit tritt ein, wenn der Thäter, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Unterſuchung gegen ihn eingeleitet und bevor ein Rechtsnachtheil für einen Anderen aus der falſchen Ausſage entſtanden iſt, dieſe bei derjenigen Behörde, bei welcher er ſie abgegeben hat, widerruft.

PrStGB. § 132. Entw. I § 141, II § 160.

1) Durch die Worte des Abſ. 1 „Wenn eine der in den §§ 153 bis 156 bezeichneten Handlungen aus Fahrläſſigkeit begangen worden iſt“, wird der fahrläſſige Falſcheid (gegen den, nicht nach ſeiner etymologiſchen Ableitung, wohl aber nach der volkstümlichen Auffaſſung des Begriffs, unpaſſenden Ausdruck „fahrl. Meineid“: RG. II 14. Apr. 99 E. 32 118, Dochow HH. 3 243, Hälſchner 2 920 N. 1, Schütze S. 311, v. Wächter S. 476; aM. Binding Lb. 2 150 N. 5) mit Strafe bedroht.

Die Erfüllung des äußeren Tatbeſtandes einer der in den §§ 153—156 bezeichneten Hdlgen — und damit alſo der Unwahrheit des Beſchworenen i. S. des § 153 N. 4 Dargelegten (Binding Lb. 2 151 N. 6; aus einem anderen Geſichtspunkt auch Erich Fahrl. Meineid S. 25) — bildet ſtets die Vorausſetzung für eine Beſtrafung aus § 163$_1$. Beim Vorliegen jener Vorausſetzung erfolgt eine Beſtrafung aus § 163$_1$ nur alsdann, wenn die Verletzung der Eidespflicht nicht vorſätzlich, ſondern fahrläſſig (§ 59 N. 17) geſchah. Demnach muß zu der Unwahrheit des Beſchworenen zunächſt das fehlende Bewußtſein des Schwörenden von der Unwahrheit hinzutreten. Keineswegs aber darf, wozu die Praxis neigt (v. Liszt Falſche Ausſ. S. 46), eine fahrl. Verletzung der Eidespflicht bloß deshalb angenommen werden, weil die vorſätzliche nicht nachweisbar iſt; RG. I 24. Juni 80 N. 2 104.

Digitized by Google

Berlin 21. Sept. 75 St. 5 306. Vielmehr muß mit jenen Erfordernissen als drittes zusammentreffen, daß die Unkenntnis des Schwörenden durch dessen Fahrlässigkeit verschuldet sei; vgl. RG. II 27. Feb. 85 E. 12 58, Hälschner 2 921, v. Liszt S. 591. Erst wenn alle diese Voraussetzungen vorliegen, ist die fragliche Hdlg. „aus Fahrlässigkeit begangen worden".

Ist hiernach ein fahrlässiger Falscheid anzunehmen, so findet § 163 auch entgegenstehenden Landesgesetzen gegenüber Anwendung; Berlin 5. Jan. 77 O. 18 15.

2) Die Fahrlässigkeit, die auch hier einen bestimmten Grad der Verschuldung nicht erfordert, sd. in der Vernachlässigung des innerhalb des Bereichs einer, nach den konkreten Umständen, insbs. auch der Person des Schwörenden, zu beurteilenden, vernünftigen Überlegung u. Berechnung Liegenden zu finden ist (RG. II 30. Juni 85 E. 12 317, 11. Juni 97 G. 45 274), liegt im Falle des § 163 nicht in der Handlung des Schwörens bzw. der Abgabe einer eidesstattl. Vers. selbst; RG. III 11. Juni 81, 16. Feb. 83, II 2. Apr. 97, E. 4 313, 8 108, 30 53. Dies gilt auch für den immerhin möglichen Fall, daß die beschworene Zeugenaussage zum Teil wissentlich falsch abgegeben war, der Zeuge aber bei der Eidesleistung verabsäumt hatte, den Inhalt seiner Aussage sich nochmals ins Gedächtnis zurückzurufen; vgl.: das zit. RG. E. 30 53, Binding Lb. 2 152, Frank N. I 1.

a) Handelt es sich um einen das Wissen einer Tatsache (§ 153 N. 4) im Augenblicke der Eidesleistg. betreffenden Eid (bzw. um eine solche eidesstattl. Vers.), so kann die Fahrlässigkt. nicht in dem Zustande der Unwissenheit des Schwörenden der Wahrheit gegenüber gefunden werden; denn weiß der Schwörende die betreffende Tatsache nicht, so ist der Eid auch kein falscher, es sei denn, daß der Schwörende, wie der Zeuge, beeidigt, nach bestem Wissen die reine Wahrheit zu sagen, er aber, obgleich er sich bewußt sein mußte, daß seine Wahrnehmungen unsicher und unbestimmt seien, dennoch ein zuverlässiges und bestimmtes Wissen bekundet; RG. III 16. Feb. 83, IV 8. Jan. 92, 16. Feb. 94, II 2. Okt., 7. Dez. 94, E. 8 108, 22 297, 25 122, 26 133, G. 42 403. Abgesehen hiervon handelt der Schwörende nur dann fahrlässig, wenn er die Tatsache kannte, ihre Angabe aber aus Mangel der erforderlichen Aufmerksamkeit verabsäumte (RG. II 6. März 88 E. 17 185), so z. B. falls ein Zeuge die pflichtmäßige Prüfung des Inhalts einer an ihn wg. seiner Vorstrafen gerichteten Frage unterläßt (RG. II 22. März 01 G. 48 134), oder falls er eine Ausdrucksweise wählte, die er bei genügender Aufmerksamkeit, als zu einem objektiv falschen Eide führend, hätte erkennen müssen. Die Aufmerksamkeit kann erforderlich sein in tatsächlicher Beziehung oder in rechtlicher, letzteres insofern, als der Schwörende durch Rechtsirrtum veranlaßt werden kann, von der Angabe seiner Kenntnis Abstand zu nehmen; vgl. RG. I 13. Nov. 79 E. 1 99 btr. die Verschweigung wertloser Außenstände gegenüber einer PrErbschaftssteuerbehörde wg. vermeintlicher Nichtverpflichtung zur Angabe solcher, sowie RG. I 21. Juni 80 N. 2 89, IV 28. Mai 95 E. 27 267, beide btr. Nichtangabe von Gegenständen bei Ableistg. eines Offenbarungseides wg. Rechtsirrtums über Zugehörigkeit derselben zum Vermögen. Soweit die tatsächl. Beziehung in Betracht kommt, liegt deshalb die Fahrlässigkt. namentlich in der Verabsäumung der Anstrengung des Gedächtnisses, zu welcher der Schwörende nach der Formel des Zeugeneides („nach bestem Wissen") unbedingt verpflichtet ist; eine pflichtwidrige Verabsäumung der Anstrengung des Gedächtnisses wird allerdings nur nachweisbar sein, wenn dem Schwörenden bekannte konkrete Umstände vorliegen, die ein positives Ergebnis der Gedächtnisanstrengung herbeizuführen geeignet sind; vgl. die zitt. RG. E. 22 297, 25 122, 26 133, sowie II 22. Feb. 98 G. 46 137. Zu positiven Handlungen ist dagegen der Schwörende an sich nicht verpflichtet, so namentl. auch nicht zum Aufpassen auf die Aussagen anderer Zeugen in der Hauptverhandlg. (RG. IV 25. Sept. 03 G. 50 399), auch nicht zur Anstellung von Nachforschungen oder zur Einholung des Rates von Rechtsverständigen; nur wenn solcherlei Verpflichtung nach der konkreten Lage der Sache begründet ist, kann die Fahrlässigkt. auch in deren Verabsäumung liegen; so die zitt. RG. N. 2 89, E. 27 267. Eine solche gesetzl. Verpflichtung ist seiner Natur nach anzunehmen beim sog. Schiedseid (ZPO. § 445), dsgl. beim Offenbarungseid nach ZPO. § 807 (N. 3_2).

Digitized by Google

b) Bei der eidesstattl. Vers. kann, da sie schriftlich geschehen darf (§ 156 N. 3_2), die fahrlässige Abgabe einer solchen auch darin gefunden werden, daß der Unterzeichner des Schriftstücks, mit dessen Willen es demnächst an eine zur Entgegennahme einer solchen Vers. zuständigen Behörde gelangt (§ 156 N. 6), das Schriftstück nicht gelesen hat und auch nicht weiß, daß es eine Vers. an Eides Statt enthält; hat der Unterzeichnende die Prüfung des Inhalts des Schriftstückes „aus Fahrlässigkeit" verabsäumt, was konkret zu prüfen ist, so ist auch dieses fahrl. Verhalten ursächlich dafür, daß eine inhaltlich falsche Vers. an Eides Statt vor einer zur Abnahme einer solchen zuständigen Behörde abgegeben wurde; RG. II 5. Dez. 90, IV 18. Juni 01, E. 21 198, 34 298; dagegen Binding Lb. 2 151 N. 1.

3) Für gewisse Kategorieen von Eiden, deren wissentliche Verletzung aus den §§ 153 bis 156 strafbar ist, entsteht die Frage, ob eine fahrlässige Verletzung überhaupt denkbar sei; es gilt dieses namentl. für den assertorischen Offenbarungs-, den Überzeugungs- und den Gutachtereid (vgl. auch Frank N. II 2).

Bezüglich der ersteren beiden Eide (der promissorische Offenbarungseid kommt nicht in Betracht; vgl. § 162 N. 1_3) kann freilich nicht zweifelhaft sein, daß ein fahrlässiger Falscheid insoweit möglich ist, als der Eid — nach der maßgebenden Eidesnorm — äußere Tatsachen betrifft, so beim Offenbarungseid nach ZPO. § 807, daß Schuldner nach bestem Wissen „sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei" (RG. II 21. Apr. 82, I 13. März 93, E. 6 205, 24 74, beide unter „Vermögen" i. S. des zit. § 807 den Inbegriff der Vermögensrechte verstehend, weshalb auch ein Anteil an einer offenen Handelsgesellschaft darunter fällt), desgl. bei dem nach BGB. § 260 (RG. IV 8. Okt. 01 E. 34 400 btr. die Bedeutung der Versicherung „einer so vollständigen Angabe, als der Schwörende dazu imstande"), ferner beim Überzeugungseide nach ZPO. § 459, daß der Schwörende „sorgfältige Prüfung und Erkundigung" angestellt habe (RG. II 27. Feb. 85 E. 12 58). Es ergibt sich hiernach folgendes:

a) Der Offenbarungseid kann aus Fahrlässigkeit falsch geschworen werden, soweit er auf die vollständige Vermögensangabe sich bezieht, während dagegen, mangels eines objektiv falschen Eides, insoweit von einem fahrl. Falscheide nicht die Rede sein kann, als wahrheitsgemäß vom Schuldner beschworen wird, daß er „wissentlich nichts verschwiegen habe"; RG. zit. E. 6 205, IV 7. Jan. 85 N. 7 20, Binding Lb. 2 151 N. 6, Hälschner 2 921.

b) Der Überzeugungseid (d. h. der in Gemäßheit der ZPO. $§ 459_2$ normierte Eid nach Lostrennung des damit gesetzlich verbundenen Wahrheitseides) kann in der Regel nicht fahrlässig falsch geschworen werden; denn Inhalt des Überzeugungseides ist nicht die Tatsache, sondern vielmehr die Überzeugung des Schwörenden von derselben; so das zit. RG. E. 12 58, Binding aO. S. 153 u. Hälschner 2 922, während RG. III 7. Okt. 82 E. 7 185 von einer unrichtigen Ansicht über den Inhalt des Glaubenseides ausgeht, indem nicht die zu beschwörende Tatsache eine andere sei als beim Wahrheitseide, sondern vielmehr das Verhältnis des Schwurpflichtigen zu dieser Tatsache ein verschiedenes; auch beim Wahrheitseide handele es sich nicht um einen Schwur über die zu erweisende Tatsache selbst, sondern um einen Eid über das Wissen derselben, beim Glaubenseide dagegen um einen Schwur über das Glauben und Nichtglauben an dieselbe; es wird für zweifellos erachtet, daß dem Schwörenden die Verpflichtung zur Anstellung einer Prüfung des Gegenstandes, über dessen Wahrheit oder Unwahrheit er seine Überzeugung aussprechen solle, auch dann obliege, wenn die Eidesformel eine solche Versicherung nicht enthalte; in der fahrl. Unterlassung der Prüfung liege das Strafbare. Dieser Auffassung (die auch Geyer 2 160 teilt) steht jedoch entgegen, daß für die Frage, ob ein objektiv falscher Eid vorliege, stets nur der Inhalt der Eidesnorm entscheidend ist; vgl. § 153 N. 4. Ist aber Inhalt des Überzeugungseides die Überzeugung selbst, so liegt in der Regel (nach Bruck Fahrlässigkt. S. 43 stets) ein wissentlich falscher Eid vor, wenn der Schwurpflichtige schwört, daß er eine „Überzeugung" erlangt habe, ohne überzeugt zu sein; denkbar aber ist auch der Fall eines aus Fahrlässigkeit falsch geleisteten Überzeugungseides, so wenn der Eid in der irrigen Annahme geleistet wird, unter „Überzeugung" sei ein „mit Zweifel gemischtes Mut-

Digitized by Google

maßen" zu verstehen, und der Schwörende dabei schuldhaft versäumt hat, seine Annahme der Prüfung anderer zu unterstellen (vgl. N. 2); so: zit. RG. E. 12 58, Frank N. II 1; aM.: v. Liszt S. 591, H. Meyer S. 730.

c) Beim Gutachtereide (§ 154 N. 3, 4) erscheint ein fahrl. Bruch nicht ausgeschlossen, indem denkbar ist, daß das erstattete Gutachten dem „besten Wissen" des Gutachters nicht entspricht, er dessen aber zur Zeit der Abgabe des Gutachtens sich nicht bewußt ist, während er bei sorgfältiger Vorbereitung, Prüfung und Überlegung dessen sich hätte bewußt werden müssen; v. Prittwitz G. 30 153. Die Fahrlässigkeit liegt hier in der pflichtwidrigen Vernachlässigung dieser Vorbereitung 2c.

4) Darüber, ob Anstiftung u. Beihilfe denkbar sind, vgl. §§ 48 N. 18, 49 N. 18.

Hält man mit der diesseitigen Ansicht Anstiftg. überhaupt für möglich, so würden ev. die §§ 163, 48 ausschließlich Anwendung finden u. nicht etwa Idealkonk. (§ 73) mit § 160 (das. N. 4) anzunehmen sein; so Binding Lb. 2 167 N. 3 sowie München 27. Apr. 77 St. 7 270 u. Dochow HH. 3 242, während v. Liszt Falsche Aussf. S. 195 Idealkonk. des V. aus § 160 mit Selbsttäterschaft aus § 163 annimmt; dagegen jedoch treffend Voigt G. 28 225 f.

5) Wegen der Frage, ob ein oder mehrere Verg. aus § 163 vorliegen, gilt wesentlich das § 154 N. 15 Bemerkte — nach RG. IV 4. Jan. 87 N. 9 7 „allerdings mit der Maßgabe, daß ein einheitlicher, die verschiedenen in Betracht kommenden zeugeneidlichen Erklärungen umfassender Vorsatz bei der fahrl. Verletzung der Eidespflicht nach der Natur der Sache ausgeschlossen sei"; doch erscheint dies insofern nicht ganz richtig, als der Vorsatz, den Eid zu leisten bzw. die btr. Tatsache zu beschwören, ein einheitlicher sein kann. Zu verschiedenen Zeiten begangene fahrl. Eidesverletzgen können aber niemals ein „fortgesetztes Verg." (§ 73 N. 6) bilden.

6) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16).

Absatz 2 enthält i. S. der StPO. §§ 262, 266 einen Strafausschließungs-, i. S. der StPO. § 295 einen Strafaufhebungsgrund, über dessen Vorliegen der Richter der Schuldfrage zu entscheiden hat (§ 157 N. 1). Die Voraussetzungen, unter denen die „Straflosigkeit" für alle Fälle des Abs. 1, also auch für den eines Parteieides (RG. I 25. Apr. 87 E. 16 29), einzutreten hat, sind dieselben, unter denen § 158 (das. N. 1—5) für die Fälle des wissentl. Meineides Strafermäßigung vorschreibt. Bei dieser Sachlage (vgl. § 46 N. 7a) kommt die Straflosigkeit des Täters dem Anstifter und Gehilfen (N. 4) und umgekehrt nicht zustatten; vgl. § 157 N. 5. Wegen der Wirkungslosigkeit der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen des Abs. 2 vgl. § 59 N. 25e.

Die Anwendbarkeit des § 157 auf den Fall des § 163 erscheint nicht nur nach dem Zusammenhange der gesetzl. Bestimmungen, sondern namentl. auch durch innere Gründe ausgeschlossen.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

Zehnter Abschnitt.
Falsche Anschuldigung.

1) Das Delikt der „falschen Anschuldigung" charakterisiert sich als ein Angriff gegen die Staatsgewalt, insbs. die Rechtspflege; so: RG. II 11. Jan. 87 N. 9 31 (sie werde gestraft als Verletzung des Interesses, welches die Staatsgewalt daran habe, daß die Strafverflgg. nur den Schuldigen treffe), IV 23. Dez. 92 E. 23 371, Binding Hb. 1 559 u. Lb. 2 527, v. Liszt S. 594, Merkel S. 408, v. Wächter S. 500, Heß Falsche Ansch. S. 8, Teichmann ZSchweizerischesR. NF. 9 353, Eichmann Verleumd. Beleidgg. u. f. Ansch. (Diss. Leipzig 1896) S. 64; aM.: Löning S. 108 f., H. Meyer S. 620, Keßler Einw. d. Verl. S. 71 u. GS. 38 575, der Schutz des einzelnen gegen Gefährdung seiner Person werde bezweckt; so auch Oppenheim Verbrechensobj. S. 357, mit dem Hinzufügen, daß an der Sicherung des Unschuldigen gg. Verurteilg. der Staat ein gleiches Interesse habe, wie der Einzelne; ebenso Frank § 164, diese Doppelseitigkt. müsse in jedem Falle zum Ausdruck kommen.

Digitized by Google

Hieraus ergibt sich, daß die gegen einen Einwilligenden erhobene falsche Anschuldigg. nicht straflos sein kann (vgl. § 164 N. 12_3); so: Binding Hb. 1 729 u. Lb. 2 528, v. Liszt aO., H. Meyer S. 621, Schaper HH. 2 131 N. 6, Heß aO. S. 45, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 80, Teichmann aO. S. 359, Eichmann aO. S. 57, 59; aM. Keßler aO.

2) Im Abschn. 10 ist die Materie der falschen Ansch. i. S. des EG. § 2 für geregelt zu erachten; Binding Hb. 1 321, Heß Falsche Ansch. S. 11.

§. 164.

Wer bei einer Behörde eine Anzeige macht, durch welche er Jemand wider besseres Wissen der Begehung einer strafbaren Handlung oder der Verletzung einer Amtspflicht beschuldigt, wird mit Gefängniß nicht unter Einem Monat bestraft; auch kann gegen denselben auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

So lange ein in Folge der gemachten Anzeige eingeleitetes Verfahren anhängig ist, soll mit dem Verfahren und mit der Entscheidung über die falsche Anschuldigung inne gehalten werden.

PrStGB. § 133. Entw. I § 142, II § 161.

Zu Absatz 1. N. 1—14.

1) Die Wortfassung des Abs. 1 entspricht der Überschrift des Abschn. sowie dem Abs. 2 des § 164 und dem Eingang des § 165 insofern nicht, als dort „beschuldigen" und nicht „anschuldigen" gebraucht ist; es stimmt jedoch mit Abs. 1 des § 164 die Ausdrucksweise der StPO. § 155 überein, indem nach dieser „Angeschuldigter" nur der Beschuldigte ist, gegen den die öffentl. Klage erhoben worden.

2) Subjekt des Verg. kann, wie aus dem Eingangsworte „Wer" sich ergibt, ein jeder sein, namentl. auch ein Beamter (vgl. § 344); Dochow HH. 3 256, Schütze S. 318 N. 2, v. Schwarze N. 1, Heß Falsche Ansch. S. 14. Ob der Anzeigende sich nennt bzw. richtig nennt oder ob die Anzeige anonym eingereicht wird, ist für den Tatbestand gleichgültig.

3) Objekt der Beschuldigung muß ein — lebender — Dritter sein, denn die Strafbarkeit der Selbstbeschuldigung aus § 164 ist nach der Wortfassung des Gesetzes („Wer ... eine Anzeige macht, durch welche er jemand .... beschuldigt") ausgeschlossen; Binding Hb. 1 700 u. Lb. 2 531, Hälschner 2 898, v. Liszt S. 595, Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 6, Rubo N. 8, Heß Falsche Ansch. S. 22, auch Keßler Einw. d. Verw. S. 71, der jedoch GS. 38 576 hervorhebt, daß die falsche Selbstbeschldgg. als Begünstigg. strafbar sein könne (§ 257 N. 17c). Nach dem Abschn. 10 N. 1 Bemerkten kann nicht zweifelhaft sein, daß der beschuldigte Dritte der inländischen Strafgewalt unterliegen muß, also ein von dieser Ausgenommener nicht sein darf (vgl. § 3 N. 19bα, 21); Binding Lb. 2 533.

Der Beschuldigte muß individuell erkennbar bezeichnet sein, wenn auch nicht erforderlich ist, daß er mit Namen genannt sei, oder daß die Behörde aus der Anzeige ohne weiteres die Person des Angeschuldigten erkenne; es genügt, wenn dessen Ermittelung möglich ist; RG. IV 24. Apr. 00 G. 47 287, Hälschner aO., Frank N. 12, Oppenh.-D. N. 6, Heß aO. S. 21. Ob die genügende Bestimmtheit zur Annahme des Begriffswortes „jemand" vorhanden sei, unterliegt wesentliche tatsächl. Beurtellung; RG. III 2. Apr. 81 N. 3 192, zit. G. 47 287.

Wird nicht eine bestimmte Person beschuldigt, wie namentl. in dem Falle, wenn nur der objektive Tatbestand eines Verbr. zur Anzeige gebracht wird, so fehlt es, trotzdem letzterer einen Täter voraussetzt, dennoch an der Beschuldigung „jemandes"; Dochow HH. 3 257, Rüd.-St. N. 3. Dasselbe gilt, wenn nur eine fingierte Person beschuldigt wird, wie insbs. aus dem, einen „Verletzten" voraussetzenden, § 165 folgt; München 17. Okt. 74 St. 4 306, v. Liszt S. 596, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St., Heß aO., der es aber mit Unrecht nicht für nötig erachtet, daß der Beschuldigte z. B. der f. A. noch lebe. Über den Fall eines Irrtums hinsichtlich der Persönlichkeit des Angezeigten vgl. RG. IV 17. Mai 95 G. 43 126.

Digitized by Google

4) Der Inhalt der Beschuldigung muß gehen: auf „Begehung einer strafbaren Handlung" oder auf „Verletzung einer Amtspflicht" seitens eines Beamten, nicht jedes Amtsträgers (Binding Lb. 2 532); zu den „Beamten" rechnen in diesem S. auch die aktiven Offiziere (RG. II 21. Feb. 90 E. 20 268), während ein standeswidriges Verhalten eines „Offiziers a. D." keine Verletzung einer Amtspflicht betrifft; RG. IV 31. Jan. 02 E. 35 99. Kann hiernach die f. A. im ersteren Falle einen jeden, in letzterem nur einen Beamten treffen, so erscheint eine alternative Feststellg. ausgeschlossen; Wertheimer Mischgesetze S. 39. Die f. A. muß, wie die GM. mit Recht annimmt, auf die Verübung einer konkreten kriminell o. disziplinarisch strafb. Hdlg. gehen, wogegen der allgemeine Vorwurf, eine strafb. Hdlg. verübt o. eine Amtspflicht verletzt zu haben, nicht genügt. Die „strafbare Handlung", worunter eine nach inl. Recht zur angeblichen Zeit der Tat mit Kriminalstrafe bedrohte Hdlg. zu verstehen ist (Binding Lb. 2 531), muß sonach inhalts der f. A. mindestens bis zum Stadium des Versuchs gediehen sein, während die Anzeige einer erst bevorstehenden strafb. Hdlg. (vgl. § 139) nicht genügt; RG. II 8. Feb. 98 G. 46 128. Was speziell die „Verletzung einer Amtspflicht" betrifft, so liegt, falls ein DisziplinarG. (vgl. RBeamtenG. § 10) dem Beamten die Pflicht auferlegt, „durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen", wie § 72 des RBeamtenG. klarstellt, eine solche auch vor bei unwürdigem Betragen außerhalb des Amtes; RG. II 9. Okt. 88 R. 10 554, IV 6. Mai, 22. Dez. 99, G. 46 319, E. 33 29 (btr. des Vorwurfes gg. einen Offizier, sein Ehrenwort nicht eingelöst, bzw. gg. einen Kreisphysikus, bei Besorgung kontraktlich übernommener gefängnisärztl. Geschäfte sich unwürdig benommen zu haben), Oppenh.-D. N. 10, Heß Falsche Ansch. S. 28.

War die Beschldgg. wegen einer im Auslande begangenen, nicht unter § $4^{1,2}$ fallenden strafb. Hdlg. erhoben oder wegen einer solchen, die nur bei verbürgter Gegenseitigkeit strafbar ist, so muß die Strafbarkeit der Hdlg. im Ausl. (§ 4^{3}) bzw. die verbürgte Gegenseitigkeit (§ 102 N. 2 ff.) festgestellt werden; RG. III 2. Juli 81 R. 3 457. Anders in Fällen, wo nicht die Strafbarkeit, sondern nur die Strafverfolgung durch ein außerhalb des Deliktstatbestandes liegendes Moment bedingt ist; so enthält die Beschuldigung wegen Ehebruchs den Vorwurf einer strafb. Hdlg. i. S. des § 164 auch dann, wenn die Ehescheidung wg. Ehebruchs nicht erfolgt ist (§ 172 N. 6), oder diejenige wg. eines Antragsdelikts auch dann, wenn der Antrag noch nicht gestellt ist (vgl. aber in subj. Beziehung N. 12); aM. Binding Lb. 2 533 f. bezüglich der Gründe der Unverfolgbarkeit; bei fehlendem Strafantrage liege nur ein bedingtes Verbr. vor.

Die Beschldgg. wegen einer kontraktlich strafb. Hdlg., sei es, daß diese mit einer Vertragsstrafe belegt werden oder zur Entlassung aus einem Privatamte führen kann, fällt nicht unter § 164. Es wird nämlich einerseits der Ausdruck „strafbare Handlung" im StGB. nur von einer kriminell strafb. Hdlg. gebraucht (so speziell btr. § 164 das § 111 N. 3 zit. RG. E. 32 77), andererseits unter „Amtspflicht" nur die durch ein öffentl. Amt (§ 31 N. 7) auferlegte Pflicht verstanden; denn da von einem Privatamt nur übertragenerweise gesprochen wird, so begreift „Amt" ein solches nur da mit, wo es ausdrücklich hervorgehoben wird; aM. Rubo N. 2.

5) Die Beschldgg. braucht nicht in direkter Weise erhoben zu werden und es bedarf schon deshalb nicht der juristischen Qualifikation der zur Last gelegten strafb. Hdlg., wie andererseits bloß in der unrichtigen juristischen Qualifikation einer objektiv wahrheitsgemäß vorgetragenen Hdlg. keine falsche Ansch. liegen kann; RG. II 2. Juni 96 G. 44 139 (fälschliche Bezeichnung einer im Auftrage seines Vorgesetzten ausgeführten Vollstreckungshdlg. eines Amtsdieners als Erpressung). Es genügt vielmehr eine indirekte Beschuldgg., z. B. die Anzeige einer angeblichen Mitteilung eines Dritten (Berlin 2. Juli 75 O. 16 410) bzw. eines angeblich umlaufenden Gerüchtes oder die Darstellung von Tatumständen, aus denen der Behörde der Schluß auf eine gerichtl. o. disziplr. verfolgbare Straftat überlassen wird; RG. III 16. Okt. 80 E. 3 228, Hälschner 2 898, Oppenh.-D. N. 7, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 2, Heß Falsche Ansch. S. 22.

Weil die Beschldgg. auf eine konkrete Tat gehen muß, so ist nicht notwendig, daß schon

Digitized by Google

aus der Darstellung des Sachverhältnisses mit Sicherheit die rechtliche Qualifikation der den Gegenstand der Beschldgg. bildenden Straftat entnommen werde; so kann zweifelhaft die Beschldgg. wegen einer strafb. Hdlg. vorliegen, dabei aber — wegen einer Unklarheit bezüglich des früheren Besitzes an der Sache — zweifelhaft sein, ob die Beschldgg auf Diebst. oder Unterschlgg. gehe; Heß aO. S. 28.

6) Die Beschuldigung muß „wider besseres Wissen" erhoben sein, sie selbst muß sowohl objektiv wie subjektiv falsch sein, während es nicht genügt, wenn die Form, in welche die Beschldgg. eingekleidet war, z. B. es liege ein außergerichtl. Geständnis vor, den Tatsachen nicht entspricht; RG. III 21. Apr. 87 E. 16 37. Auf die rechtliche Qualifikation der zur Anzeige gebrachten strafb. Hdlg. kommt nichts an; denn da es um eine Anzeige an eine Behörde sich handelt (N. 10), die auf Grund der tatsächlichen Unterlagen nach ihrer rechtlichen Seite hin von Amts wegen geprüft wird, so ist es genügend, wenn die Hdlg. nach Inhalt der mitgeteilten Tatsachen, deren Wahrheit vorausgesetzt, eine strafb. Hdlg. darstellt; es liegt deshalb jenes Erfordernis vor, wenn eine derartige Anzeige objektiv falsch (N. 8) und vom Anzeigenden im Bewußtsein ihrer Unrichtigkeit (N. 7) gemacht ist; RG. III 2. Juli 81 N. 3 457.

7) Wie aus den Gesetzesworten selbst folgt, bedingt das subjektive Erfordernis, daß der Anzeigende von der Unwahrheit der Anschuldigung überzeugt ist; Eventualdolus ist ausnahmsweise (§ 59 N. 6) in dieser Beziehung nicht ausreichend (vgl. jedoch N. 12); so die GM.; aM. H. Meyer S. 622. Deshalb genügt es nicht, wenn dem Anzeigenden zwar die Überzeugung von der Wahrheit der Anzeige fehlte, er aber doch von der Vermutung der Richtigkeit derselben ausging; RG. II 18. Sept. 88 E. 18 88; ebensowenig, wenn die Beschldgg. lediglich ohne den Glauben an ihre Begründetheit und ohne die Möglichkeit solche zu erweisen, erhoben wird; so RG. II 16. Jan. 80 E. 1 80; aM. Herzog GS. 32 10. Über die Frage, ob bei Feststllg. der Voraussetzungen des § 186 eine Bestrafung wegen übler Nachrede erfolgen könne, sowie ev. über Anwendbarkeit des § 193 vgl. u. N. 12; sowie § 193 N. 12a.

Das Bewußtsein der Unwahrheit muß zur Zeit der Erstattung der Anzeige vorliegen; durch einen nachträglich erlangten bösen Glauben kann der Tatbestand der f. A. nicht begründet werden; es ist straflos, wenn der Anzeigende unterläßt, mitzuteilen, daß er nachträglich die Überzeugung von der Nichtschuld des Beschldgten erlangt habe; v. Liszt S. 596, Oppenh.-D. N. 14a, Heß aO. S. 38.

Dem Anzeigenden muß nachgewiesen werden, daß er die Beschldgg. „wider besseres Wissen" erhoben habe. Der Nachweis der objekt. Unrichtigkeit genügt zur Überführung nicht, noch weniger die Tatsache der Freisprechung des Beschldgten in einem auf Grund der Anzeige eingeleiteten Verfahren; denn die Vermutung des § 190 S. 2 gilt hier nicht (Hälschner 2 899, Rüd.-St. N. 13, v. Schwarze N. 9, Heß aO.), selbst dann nicht, wenn dem Anzeigenden nach StPO. § 501 wegen einer „wider besseres Wissen gemachten Anzeige" die Kosten auferlegt wurden; Oppenh.-D. N. 26.

8) Objektiv falsch ist eine Anzeige nicht nur, wenn sie gänzlich, sondern auch dann wenn sie nur teilweise falsch ist (RG. III 2. Juli 81 N. 3 457), insbs. falls neben einer wahren Beschuldgg. zugleich eine falsche erhoben ist; München 20. Sept. 73 St. 3 56.

Eine besondere Bedeutung kommt in dieser Beziehung der Entstellung des Sachverhalts, namentl. durch Verschweigen von Tatumständen, zu; eine Entstellung liegt vor, wenn der zur Anzeige gebrachte Vorgang einen wesentlich anderen Charakter annimmt, als er in Wahrheit an sich trägt, sei es rein tatsächlich (so wenn zur Begründung eines gegen den Beschldgten gehegten Verdachtes eine falsche Sachdarstellung gegeben wird; Berlin 31. Okt. 77 O. 18 686), sei es in rechtlicher Beziehung; das Verschweigen muß deshalb erhebliche Tatumstände betreffen und liegt daher der Tatbestand nur vor, wenn derartige bewußt erhebliche Umstände vorsätzlich verschwiegen werden, also eine Unterdrückung wahrer Tatsachen stattgefunden hat; RG. I 2. Nov. 82, IV 29. März 87, E. 7 207, 15 391, Berlin OAG. 22. Dez. 73 St. 3 306, Hälschner 2 898, v. Liszt S. 596, v. Schwarze N. 4 a. o.

Erheblich ist der Tatumstand jedenfalls dann, wenn durch sein Verschweigen die recht-

Digitized by Google

iche Qualifizierung der Tat beeinflußt wird; RG. II 16. Okt. 85 E. 13 12. Mit Unrecht legt aber dieses Urteil (ebenso Binding Lb. 2 534) hierauf das allein entscheidende Gewicht. Vielmehr unterliegt es wesentlich einer Erwägung tatsächlicher Natur, wann eine — die Begehung einer strafb. Hdlg. btr. — Anzeige als falsch, wann sie nur als übertrieben und deshalb nicht unter § 164 fallend anzusehen ist; RG. II 14. Mai 95 E. 27 229; vgl. auch III 30 Mai 96 E. 28 390. So wird regelmäßig nur eine, ev. aus § 187 (das. N. 7) strafbare, Übertreibung vorliegen, wenn beim Diebst. die Zahl o. der Wert der gestohlenen Sachen zu hoch angegeben wird; es kann aber auch das Mißverhältnis zwischen dem wirklich Gestohlenen und dem zur Anzeige Gebrachten so groß sein, daß die Anzeige als eine wesentlich falsche erscheint. Insofern geht RG. III 9. März 96 E. 28 253, und auch wohl schon das zit. RG. E. 15 391, zu weit, wenn ausgesprochen wird, die Unterdrückung von Tatsachen, welche den Angeklagten (sc. unter Voraussetzung derselben strafrechtl. Qualifikation) nur weniger strafbar, nicht straflos, erscheinen lassen würde, könne den Tatbestand des § 164 nicht erfüllen. Dagegen liegt keinesfalls eine bloße Übertreibung vor, wenn in der Anzeige wg. einer für wahr gehaltenen Tat andere Straftaten wissentlich unwahr hinzugefügt werden, um dadurch die Strafbarkeit zu vergrößern; RG. IV 19. Mai 96 G. 44 136.

9a) Die Beschldgg. wegen einer strafb. Hdlg. geschieht zweifellos wider besseres Wissen, wenn nur der sog. objektive Tatbestand der angezeigten strafb. Hdlg. vorlag, der Anzeigende dagegen vorsätzlich verschwieg, daß der Beschldgte ohne den erforderlichen Dolus, insbs. in Unkenntnis gewisser zum gesetzl. Tatbestde gehöriger Tatumstände oder in Putativnotwehr, handelte (§ 59 N. 11 f., 25d).

b) Schwieriger ist die Frage, wenn zwar der subjektive und objektive Tatbestand der angezeigten strafb. Hdlg. vorliegt, dennoch aber aus irgendeinem Rechtsgrunde (T. I Abschn. 3 N. 6) eine Bestrafung des Täters nicht eintreten kann. Wird bei solcher Sachlage eine Anzeige gegen den Täter wegen „Begehung einer strafb. Hdlg." gemacht, so ist die Beschuldgg. objektiv falsch, sobald des strafausschl. bzw. strafaufheb. Umst. oder des Mangels einer objektiven Voraussetzung der Strafbarkeit (nicht der „Strafverfolgung"; s. o. N. 4_2) nicht ausdrücklich Erwähnung geschieht. Wird dessen erwähnt, so liegt eine „Beschuldigung" nicht vor, weil dann die Anzeige ungeeignet ist, eine strafrechtl. Verfolgung gegen den Benannten zu veranlassen; RG. III 27. Sept. 90 E. 21 101 (btr. Anzeige wg. eines nach $§ 247_2$ straflosen Diebst.), Binding Lb. 2 533 N. 4. Anderenfalls aber stellt die Beschuldigung als eine falsche sich dar, weil eine Bestrafung ausgeschlossen ist; so im allg.: RG. IV 23. Dez. 92 E. 23 371, Binding Lb. 2 532 N. 6, v. Liszt S. 596, Frank N. 13, Oppenh.-D. N. 11, v. Schwarze N. 4 A. 9, und speziell btr. der Verjhrg. der Strafverfolgung: RG. III 25. Feb. 80 E 1 229, Binding aO. S. 533, H. Meyer S. 621, Heß Falsche Ansch. S. 26 (der im übrigen eine zum Teil abweichende Ansicht vertritt), btr. d. Befugnis z. Waffengebrauch als strafausschl. Umst. im Falle des § 340: RG. IV 24. Feb. 91 G. 39 69; aM. Berlin 19. Nov. 73 St. 3 183, das absichtl. Verschweigen eines Strafausschließungsgrundes rechtfertige nicht die Anwendung des § 164. Bei einer auf ein Verg. aus § 186 (das. N. 7_2) gerichteten Beschuldgg. ist der Tatbestand des § 164 für vorliegend erachtet, wenn der Anzeigende die ihm bekannte Wahrheit der behaupteten o. verbreiteten Tatsache wissentlich verschwieg (RG. I 2. Nov. 82 E. 7 207), selbst wenn er an die Unerweislichkeit derselben glaubte; RG. III 23. Sept. 89 E. 19 386, Binding Lb. 2 542. Der Umstand, daß der Inhalt der Beschldgg. erkennen läßt, es liege ein Strafausschließungsgrund ꝛc. vor o. wenigstens möglicherweise vor, schließt die Anwendung des § 164 nicht aus; so zit. RG. E. 1 229 btr. einer Anzeige, aus der sich ergab, daß die Tat bereits verjährt sei; aM. Binding Lb. 2 533 N. 2. Ebensowenig der Umstand, daß die Anzeige deshalb nicht notwendig dem Angezeigten eine strafb. Hdlg. zur Last lege, weil — trotz fehlender Andeutung — möglicherweise Schuldausschließungsgründe vorlägen; III 16. Okt. 80 E. 3 228 btr. eine Anzeige aus § 340.

10) Daß eine Beschldgg. der N. 3—9 charakterisierten Art zum Gegenstande einer Anzeige bei einer Behörde gemacht werde, ist die weitere Voraussetzung des Verg.

Die „Behörde" (vgl. § 114 N. 1, insbs. die das. zitt. RG. E. 8 5, 33 383) muß eine

Digitized by Google

deutsche sein, gleichgültig, ob im In- o. Ausland (vgl. N. 3); Binding Lb. 2 531. Im übrigen legt das Gesetz keinerlei Gewicht darauf, bei welcher Behörde die Anzeige gemacht wird; eine „Privatdienstbehörde" allerdings, die Rubo N. 2 u. v. Schwarze N. 1a gleichfalls zulassen wollen, gibt es im eigentl. S. nicht und denkt das Gesetz an eine solche nicht (N. 4); Heß Falsche Ansch. S. 17. Es wird aber nicht erfordert, daß die Behörde die zuständige sei, auch nicht einmal, daß es überhaupt eine solche Behörde sei, bei der die Anzeigen kriminell (vgl. StPO. § 156) oder disziplinarisch strafb. Hdlgen zu erstatten sind; so die GM., insbs. RG. IV 1. Nov. 89 G. 37 425. Es kommt deshalb auch eine dem Reichs- bzw. einem Landesoberhaupte gemachte Anzeige in Betracht; so: Berlin 23. Apr. 74 O. 15 257, Oppenh.-O. N. 4; aM. Binding Lb. 2 529 N. 6. Dagegen genügt die Erstattung der Anzeige an ein bloßes Organ einer Behörde, auch wenn es nicht um einen rein exekutiven Beamten des Polizeidienstes, sd. um einen Beamten sich handelt, dem ein gew. Maß selbständiger Wirksamkeit beiwohnt, an sich zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals nicht; RG. III 2. Apr. 81, 8. Jan. 83, N. 3 192, E. 8 5, IV 22. Feb. 95, 24. März 99, 28. Sept. 00. E. 27 51, 32 95, 33 383, von denen jedoch E. 32 95 ausspricht, daß die bei einem Gendarm einer Dresdener Polizeibezirkswache erstattete Anzeige genüge, weil diese lediglich Unterabtlg. der PolDirektion, also selbst eine dauernd geregelte Organisation sei. Das kann vielmehr nur dann der Fall sein, wenn der Anzeigende die Mitteilung an die Behörde seitens des Beamten beabsichtigt und letzterer die Vermittelung der Anzeige an die Behörde tatsächlich bewirkt; so die zitt. Entsch., von denen RG. N. 3 192 folgerichtig annimmt, die wider besseres Wissen in Gegenwart eines Polizeibediensteten aufgestellte Behauptung, es habe jemand eine strafb. Hdlg. begangen, könne selbst dann nicht als Anzeige bei einer Behörde betrachtet werden, wenn sie erfolgte, damit — etwa infolge der Öffentlichkeit der Äußerung — eine Untersuchung über die Sache eingeleitet werde; vgl. aber Binding Lb. 2 530, der nach Analogie der StPO. § 156 den Polizeibeamten der Polizeibehörde gleichstellt.

Wenn von einzelnen, wie Oppenh.-O. N. 2 u. Rüd.-St. N. 1, die Beschränkung hinzugefügt wird, die Behörde müsse wenigstens zur Weitergabe der Anzeige an die zuständige Behörde verpflichtet sein, so ist auch das nicht einmal gesetzlich erforderlich; doch wird für die Regel eine Behörde sich für verpflichtet halten, eine Anzeige, über die ihr keine Verfügung zusteht, an die zuständige Behörde abzugeben.

Bei einer „Behörde" wird eine Anzeige auch dann gemacht, wenn sie an eine Privatperson in der Erwartung, daß diese sie an die Strafverfolgungsbehörde abgeben werde, gerichtet wird und diese Erwartung eintrifft; RG. IV 5. Juni 94 G. 42 236.

11) Für die Bedeutung von „Anzeige" ist gerade aus der fehlenden Einschränkung des Begriffes der „Behörde" (N. 10) zu entnehmen, daß auch „Anzeige" nicht in ihrem beschränkteren techn. S. zu verstehen, sondern ein freiwilliges und einseitiges, ohne Anlaß seitens der Behörde erfolgendes, Zurkenntnisbringen bedeutet, während umgekehrt Rubo N. 2 unter der Behauptung, daß bei der „Anzeige" der, dem sie geschehe, an der Mitteilung ein Interesse haben müsse, zu einer beschränkenden Auffassung des Wortes „Behörde" gelangt. Gegen Rubo, Binding Lb. 2 528 u. H. Meyer S. 621, die das Moment der Freiwilligkeit für den Begriff der Anzeige verwerfen, stellt die GM., insbs. auch: RG. III 15. März 83 E. 8 162, IV 21. Okt. 84, II 11. Jan. 87, N. 6 641, 9 31, Berlin 1. Mai 74 St. 4 27, das Erfordernis der Freiwilligkeit in jenem S. auf; fehlt es, so handelt es sich nicht um eine Anzeige, sondern um eine gerichtl. o. außergerichtl. erforderte Auslassung, die je nach Umständen den Charakter einer Vernehmung als Zeuge oder als Beschuldigter trägt; deshalb kann auch in der eine wissentl. f. A. enthaltenden Auslassung eines Angeklagten bei seiner Vernehmung nur unter besonderen Umständen (s. u. Abs. 2) ein V. aus § 164 gefunden werden (vgl. jedoch § 187 N. 7).

Im übrigen ist die Art und Weise, in der, sowie die Gelegenheit, bei der die Anzeige gemacht wird, gleichgültig; die Anzeige braucht äußerlich nicht als solche sich kundzugeben; RG. II 22. Sept. 82 E. 7 47 (vgl. auch I 19. Jan. 80 N. 1 245). Es kann deshalb die Anzeige z. B. auch unter falschem Namen in der Form eines von dem angeblichen Täter ab-

Digitized by Google

gelegten Geständnisses und dessen Überweisung an die StAschaft erfolgen; so zit. RG. E. 7 47. Unter Umständen kann auch bei einer Vernehmung eine wissentl. f. A. erhoben werden; so z. B. wenn die bei einer Vernehmung seitens einer Behörde angezeigten Tatsachen mit dem Gegenstande der Vernehmung in keiner Verbindung stehen, die Vernehmung selbst also zur Erhebung der Anschldgg. einen Anlaß gab, letztere vielmehr lediglich in der Absicht der Herbeiführung einer Verfolgung des Beschuldigten erhoben wurde; RG. zit. E. 8 162, II 11. Jan. 87 R. 9 31, letzteres aber mit Recht betonend, daß die ohne Befragen erfolgende freiwillige Angabe bei einer Vernehmung allein nicht genüge, um die Angabe zu einer Anzeige i. S. des § 164 zu machen. Dagegen ist als solche anzusehen diejenige Anzeige, die zufolge Vernehmung seitens eines zum Zwecke der Aufnahme einer verständlichen Anzeige abgeordneten Gerichtsschreibers aufgenommen wird, weil hier das entscheidende Moment der Freiwilligkeit in vollem Umfange vorliegt. Übrigens kann eine nach Erstattung einer Anzeige erfolgte Vernehmung als Auslegungsmittel für diese selbst in Betracht kommen; RG. IV 24. Apr. 00 G. 47 287.

Unbedenklich ist namentl. die Erhebung einer Privatklage aus StPO. § 414, worin stets die Stellung eines Strafantrages liegt (§ 61 N. 38), als eine dem § 164 entsprechende Anzeige anzusehen; so die GM., insbs. RG. II 7. Nov. 79, I 22. Okt. 83, R. 1 44, 5 620, abgesehen von Schütze S. 318 N. 2.

In dem Antrage auf Anberaumung eines Sühnetermins vor einer Vergleichsbehörde (StPO. § 420) bzw. in dem Vorbringen vor einer solchen kann eine „Anzeige" nicht gefunden werden, soweit beides dem gesetzlich vorgesehenen Zwecke dienen soll; denn alsdann wird nicht freiwillig eine „Anzeige" erstattet, sondern einer prozessualen Form genügt; v. Schwarze N. 2 A. 1, Heß aO. S. 15. Anders dagegen, wenn beides nur als Vorwand benutzt wird, um eine strafb. Hdlg., deren Verfolgung nicht im Privatklageverfahren zu erfolgen hat, zur Kenntnis der Behörden zu bringen; Heß aO.

12) Der Dolus erfordert das Bewußtsein, daß die Anzeige geeignet sei, die Einleitung einer strafrechtl. oder diszipl. Verfolgung zu veranlassen, weil sonst eine „Beschuldigung" wegen einer Straftat nicht vorliegen würde (so die GM., insbs. RG. III 25. Feb. 80, 15. März 83, E. 1 229, 8 162, I 13. Jan. 81, 1. Juni 82, R. 2 727, 4 522, II 22. Sept. 82 E. 7 47), deshalb bei Anschuldigung wg. eines Antragsdeliktes das Bewußtsein, daß der Antrag vorliege o. noch gestellt werden werde. Hiernach genügt die bloße Behauptung einer von einem anderen begangenen strafb. Hdlg. in einer an eine Behörde gerichteten Anzeige in subjektiver Beziehung zwar nicht (RG. IV 1. Nov. 89 G. 37 425), andererseits ist aber auch nicht erforderlich, daß die Absicht des Anzeigenden auf die Herbeiführung einer solchen Verfolgung, insbs. einer Verurteilung o. Bestrafung, gehe (so: zitt. RG. E. 1 229, R. 4 522, Berlin 9. Nov. 76 O. 17 725, 9. Jan. 77 St. 7 57, H. Meyer S. 622, Schütze S. 318 N. 3, Oppenh.-D. N. 15, Rubo N. 7, Rüd.-St. N. 8, Heß aO.; aM.: Hälschner aO., v. Schwarze N. 8) oder daß sie gar den Endzweck des Täters bilde (so die GM., insbs. RG. I 3. Apr. 84 E. 10 274). Die Ansicht derjenigen, welche eine auf Herbeiführung der Verfolgung gerichtete Absicht verlangen, nähert sich dadurch der GM., daß in dieser Beziehung, wie regelmäßig, Eventualdolus für ausreichend erachtet wird; in der Tat liegt auch kein Grund vor, ihn bei diesem vorsätzl. B. weiter zu beschränken, als o. N. 7 geschehen; auch in der Beziehung, daß die Anzeige bei einer Behörde, insbs. einer deutschen (N. 10), erstattet sei, reicht der event. Dolus aus; RG. II 18. Sept. 88 E. 18 88, Binding Lb. 2 531.

Die falsche Anschldgg. kann dadurch nicht straflos werden, daß sie „zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten", insbs. zwecks Verteidigung in einer gg. den Anzeigenden anhängigen Untersuchung, geschah; § 193 findet hier keine Anwendung, denn das Verg. ist trotz der bestehenden Berührung beider Tatbestände keine Beleidigung; auch ist es nicht denkbar, daß die wissentl. falsche Ansch. jemals den Charakter der Rechtswidrigkeit verliere, da es kein Privatrecht gibt, das über dem öffentl. Interesse, daß die Strafverfolgung nur den Schuldigen treffe, steht; RG. zit. E. 10 274, II 11. Jan. 87 R. 9 31, IV 3. Juni 02 G. 49 273, Oppenh.-D. N. 16, v. Schwarze N. 8. Das gilt auch für den Fall, wenn die

Digitized by Google

Angabe der Wahrheit den Anzeigenden selbst belasten würde; Berlin OAG. 22. Dez. 73 St. 3 306, Oppenh.-D. aO.

13) Das Verg. der falschen Anschldgg. ist mit Erstattung der falschen Anzeige, die begrifflich Kenntnisnahme seitens der Behörde als solcher erfordert, u. zwar der, bei der sie erstattet ist, nicht notwendig der zuständigen (N. 10; Binding Lb. 2 530, Leichmann ZSchweizerischesR. NF. 9 359), vollendet, während die Erstattung der Anzeige an ein bloßes Organ der Behörde (N. 10_2) die Vollendung nicht bewirkt; RG. 4. März 01 E. 34 203 (mit dem N. 10_2 zit. E. 33 383 sich auseinandersetzend). Der Eintritt eines Erfolges, namentl. die Einleitung eines Verfahrens, gehört nicht zur Vollendung; so die GM. Demgemäß hat auch die Zurücknahme der Anzeige bzw. der die Anzeige enthaltenden Privatklage auf den Tatbestand des Verg. keinen Einfluß; es kann dadurch nicht rückgängig gemacht werden; RG. I 19. Jan. 80 N. 1 245, Stuttgart 20. März 78 St. 8 120.

14) Über die Frage der Einheit o. Mehrheit der strafb. Hdlg., falls die f. I. gegen verschiedene Personen sich richtet o. gegen eine Person wegen verschiedener strafb. Hdlgen bzw. gegen diese wegen einer strafb. Hdlg. an mehreren Stellen erstattet wird, vgl. Binding Lb. 2 531.

Wegen gleichartiger Idealkonk. sowie wg. Idealkonk. mit § 185 vgl. § 73 N. 19 II c 2, wegen Idealkonk. mit § 187 vgl. das. N. 7, mit § 267 das. N. 51 b. Mit Meineid (§ 154) kann Realkonk. (§ 74) eintreten (München 24. Aug. 74 St. 4 130), doch ist die Möglichkeit einer Idealkonk. bei sich fortsetzender Hdlg. wegen Gleichartigkeit des verletzten Rechtsgutes (vgl. Abschn. 9 N. 1 u. Abschn. 10 N. 1) nicht in Abrede zu stellen (München 25. Okt. 75 St. 5 268); so auch Leichmann ZSchweizerischesR. NF. 9 362; aM. Binding Lb. 2 540 N. 3, es liege stets Realkonk. vor.

Zu Absatz 2. N. 15—18.

15) Abs. 2 enthält eine prozessuale Vorschrift; Dochow HH. 3 260. Voraussetzung ist, daß ein infolge der gemachten Anzeige eingeleitetes „Verfahren" anhängig sei. Es ist hierbei nicht, wie in dem eine ähnliche Vorschrift enthaltenden § 191 (bei N. 2), lediglich die Einleitung eines Strafverfahrens, sondern auch die eines Disziplinarverfahrens ins Auge gefaßt; RG. II 9. Mai 84 E. 10 381, v. Schwarze N. 14, Heß Falsche Ansch. S. 67. Die Frage, wie lange i. S. des Abs. 2 ein Verfahren „anhängig" sei, ist daher nicht stets auf Grund der StPO., sondern unter Umständen auch auf Grund der Reichs- u. Landesdisziplinargesetzgbg. zu entscheiden.

16) Was speziell ein Strafverfahren betrifft, so ist als ein „eingeleitetes Verfahren" nicht bloß das gerichtliche, sondern auch das vorbereitende Verfahren der StAschaft (o. einer ihr gleichstehenden Behörde; vgl. z. B. PostG. § 34) zu verstehen; denn es ist nicht bloß die Rücksicht auf die Vermeidung doppelter Erörterung desselben Herganges, die der Vorschrift des Abs. 2 zugrunde liegt, sondern zugleich die Ungewißheit, ob die Ergebnisse eines bereits anhängigen Verfahrens in seiner Weiterentwickelung nicht zu einer richterl. Hdlg. und diese zu einer rechtskräftigen Verurteilung des Angezeigten führen, die von Einfluß auf die Entscheidung in dem Verfahren wegen wissentl. falscher Anschuldgg. sein könnte; RG. II 17. Apr. 83 E. 8 184, Heß Falsche Ansch. S. 68. Dagegen erscheint es nicht angängig, die „Einleitung" des Verfahrens schon mit dem „Eingange der Anzeige" anzunehmen (vgl. § 191), vielmehr wird auf diese eine — einleitende — Verfügg. ergangen sein müssen; Oppenh.-D. N. 22, Zimmermann GS. 28 433, Heß aO. Ein polizeiliches Ermittelungsverfahren (StPO. § 161) kommt nicht in Betracht; so RG. IV 9. Juli 01 G. 48 365 (die von Hilfsorganen der zur straf- o. disziplinarrechtl. Verfolgung berufenen Behörden selbständig gepflogenen Erörterungen blieben außer Betracht); aM. Binding Lb. 2 535.

Nach den Bestimmungen der StPO. (vgl. übrigens MStGO. §§ 242 ff.) ist deshalb ein Strafverfahren „anhängig":

bis die StAschaft der Beschuldgg. keine Folge zu geben definitiv erklärt (RG. IV 23. Juni 91 G. 39 235, „Anhängigkt." sei anzunehmen beim Vorbehalt der Entschließung des OStA. bis zum Abschluß der aus § 164 eingeleiteten Erhebungen) oder bis sie die

Digitized by Google

Einstellung des Ermittelungsverfahrens verfügt bzw. entgegen der Vorschrift der StPO. § 169 die Einstellung ohne Einstellungsverfügung stillschweigend vornimmt (zit. RG. E. 8 184), endlich, falls der Anzeigende zugleich der Verletzte ist, bis nach Ablauf der Beschwerdefristen (StPO. §§ 196 f.) gegen die StAschaft ev. bis zur Bestätigung des ablehnenden Bescheides durch das Gericht (München OLG. 4. Feb. 93 E. 7 415);

bis das Gericht den Antrag der StAschaft auf Eröffnung der Voruntersuchung rechtskräftig abgelehnt hat (StPO. §§ 178, 181);

bis das Gericht in Gemäßheit der StPO. § 202 rechtskräftig beschlossen hat, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen;

bis das Gericht ein rechtskräftiges Urteil erlassen hat (StPO. § 259).

So Binding Hb. I 843 u. Heß aO. S. 70, insofern sie die „Rechtskraft" für entscheidend erachten. AM. Oppenh.-D. N. 23, der btr. Entscheidungsakt selbst sei maßgebend.

17) Der dispositive Teil des Abs. 2 geht dahin, daß während der Anhängigkeit eines Verfahrens i. S. der N. 15 u. 16 „mit dem Verfahren und mit der Entscheidung über die falsche Anschuldigung innegehalten werden" solle. Das Verfahren „über die falsche Anschuldgg." bedeutet hier lediglich ein strafrechtl. (vgl. § 158 N. 3), also ein solches auf Grund der StPO. bzw. der MStGO. Trotzdem jene der „Innehaltung" mit dem Verfahren auf Grund der Bestimmung der StPO. §§ 164, 191 nicht gedenkt, so sind letztere dennoch gemäß EGStPO. § 5 in Geltung geblieben; die prozessualen Formen für die Innehaltung ergeben sich im Wege der Analogie. Neben der Innehaltung mit dem Verfahren geschieht noch derjenigen „mit der Entscheidung" besonders Erwähnung, obgleich letztere ein Teil des Verfahrens ist (anders der in den Prozeßgesetzen — z. B. GVG. § 25 — vorkommende Ausdruck „Verhandlung und Entscheidung").

Auf das Verfahren in der Revisionsinstanz bezieht die Vorschrift ihrem Zwecke nach sich nicht; es ist deshalb mit dem Verfahren u. der Entscheidung in dieser Instanz bis zur Beendigung jenes anderen Verfahrens nicht innezuhalten; RG. IV 11. Jan. 95 E. 26 365.

18) Wird entgegen der Vorschrift des Abs. 2 mit dem Strafverfahren über die falsche Anschuldigung nicht innegehalten, so ist nach der Ausführung der N. 17 eine Rechtsnorm „über das Verfahren" verletzt; auch hier wird die Vorschrift, wie die entsprechende des § 191 (das. N. 6), als eine zwingende zu erachten sein, da auf den Wortausdruck („soll") nicht, wie bei den sog. Reichsjustizgesetzen, ein entscheidendes Gewicht gelegt werden kann; RG. IV 23. Juni 91 G. 39 235, 5. Juli 98 E. 31 231 (letzteres einen Fall btr., in dem allerdings eine besondere durch die Vorschrift des § 190 bedingte Komplikation vorlag, die aber bei Trennung des Verfahrens kein Hindernis bildete, dem § 164$_2$ entsprechend zu verfahren); vgl. auch Heß Falsche Ansch. S. 71.

Strafsanktion, Verjährung, Zuständigkeit. N. 19.

19) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16), neben der als Nebenstrafe nach Abs. 1 i. V. mit § 32 auf VbER. erkannt werden kann. Vgl. auch § 165.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren. Wegen Ruhens der Verjhg. vgl. § 69 N. 6 IIa; so auch: Heß Falsche Ansch. S. 71, Teichmann ZSchweizerischesR. NF. 9 363; aM. v. Schwarze N. 14, § 69 sei nicht hierher zu beziehen.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 165.

Wird wegen falscher Anschuldigung auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Verletzten die Befugniß zuzusprechen, die Verurtheilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben, ist in dem Urtheile zu bestimmen.

Dem Verletzten ist auf Kosten des Schuldigen eine Ausfertigung des Urtheils zu ertheilen.

PrStGB. § 134. Entw. I § 143, II § 162.

Digitized by Google

1) Absatz 1 schreibt die Verhängung einer den Charakter der Privatgenugtuung und zwar für den „Verletzten" (N. 2) an sich tragenden Maßnahme vor (E. I Abschn. 1 N. 5b; vgl. auch die Motive); demnach ist die Maßnahme keine Strafe für den Schuldigen. So: Binding Grundr. S. 219 u. Lb. 2 535 N. 3, v. Liszt S. 597, Löning S. 55, H. Meyer S. 397 N. 1, Francke, Fuchs, G. 20 18, 29 429. AM. John Entwurf S. 390 u. Dochow HH. 3 260 mit Rücksicht darauf, daß der Verurteilte die Kosten zu tragen habe, namentl. aber RG. II 17. Mai 87 E. 16 73, mit Bezug auf die zu § 200 (vgl. diesen im allg., insbes. aber N. 4 das.) ergangene Entsch. des BStG. E. 6 180, jedoch mit der näheren Charakterisierung als „Strafe lediglich zur Genugtuung des Verletzten"; dem für § 165 sich anschließend RG. II 17. Mai 87 E. 16 73 mit der Ausführung, daß das Recht auf Genugtuung nicht erst mit dem Urteil, sd. mit der Tat entstehe.

2) Die „Befugnis" (§ 123 N. 14), deren Abs. 1 gedenkt, ist dem „Verletzten" zuzusprechen, d. h. dem, gegen den die falsche Ansch. sich richtete; denn eine ausdehnende Auslegung des Begriffs „Verletzten" ist hier, abweichend vom Falle des § 200 (das. N. 5b), nicht gerechtfertigt. Ob der Verletzte von dem ihm zuerkannten Rechte Gebrauch machen will, steht in seinem Belieben. Den Erben des Verletzten ist die Befugnis nicht zuzusprechen; RG. II 17. Mai 87 E. 16 73.

Es kann aber auch von einem Übergange der dem Verletzten zugesprochenen Befugnis auf die Erben keine Rede sein; denn es handelt sich um ein höchstpersönliches Recht; so: Binding Lb. 1 163, Frank § 200 N. III, ebenso auch das zit. RG. E. 16 73, es im übrigen für die Regel als eine reine Formalität erklärend, dem bereits verstorbenen Verletzten selbst die Befugnis zuzusprechen, abgesehen von dem Ausnahmefall, daß der Verletzte seinen Willen, von der Befugnis Gebrauch zu machen, schon vor dem Urteil erklärt hat; hiergegen jedoch Binding Lb. 1 163, weil das Recht allein im Interesse des Verletzten bestehe.

Übrigens gehört die auf Grund des Abs. 1 zu treffende Bestimmung in die sog. Urteilsformel, da sie einen Teil der gerichtl. Entscheidung selbst bildet; Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 2.

3) Die Vorschrift des Abs. 1 ist zwingender Natur; da im Gesetze selbst Ausnahmen nicht zugelassen sind, so können solche nur für statthaft erachtet werden, soweit sie durch die Natur der Sache geboten sind; letzteres trifft nicht zu, wenn die Verurteilung zugleich wg. einer anderen Tat zu einer Gesamtstrafe erfolgte, in welchem Falle die Fassung der Urteilsformel als dem Zwecke der Vorschrift am meisten entsprechend u. dem Verurteilten am wenigsten nachteilig dem richterl. Ermessen unterliegt; RG. IV 12. Juli 98 G. 46 34[?] (vgl. § 200 N. 7). Im übrigen kommt namentl. der Einfluß einer Einwilligung des Verletzten in die Erhebung der falschen Ansch. gegen ihn in Frage. Keßler GS. 38 576 entnimmt daraus, daß § 165 auf alle Fälle des § 164 angewendet werden wolle, einen Beweisgrund für die Straflosigkeit der Anschuldgg. eines Einwilligenden; vgl. Abschn. 10 N. 1[3]. Nach dem, was aber dort ausgeführt ist, muß angenommen werden, daß auch dem Verletzten, der seine Einwilligung erteilt hatte, die Befugnis zuzusprechen sei; denn nach der Natur des Delikts bleibt er trotzdem „Verletzter" (N. 2); so jetzt auch Binding Lb. 2 535 N. 4 (anders früher Hb. 1 718 N. 31 unter Anschluß an Heß Falsche Ansch. S. 65).

4) Wg. des Inhaltes der zuzusprechenden Befugnis, der Bestimmung der Art und Frist ihrer Bekanntmachung sowie wg. der Bedeutung der Befugnis vgl. N. 2 u. § 200 N. 6 ff.

5) Der Absatz 2 gibt selbst eine prozessuale Vorschrift für die Gerichtsbehörden (vgl. § 164 N. 17), so daß nicht auf Erteilung einer Urteilsausfertigung an den Verletzten erkannt zu werden braucht; so Heß Falsche Ansch. S. 66; aM. Schütze S. 319. Daraus folgt, daß die dem „Schuldigen", d. h. dem Verurteilten, zur Last fallenden Kosten für die Ausfertigung des Urteils (der Formel und der Gründe; StPO. § 267) als Kosten des Verfahrens i. S. der StPO. § 496 (vgl. GerichtskostenG. § 79[1.6]) von demselben, nicht aber von dem „Verletzten" (N. 2) zu erheben sind; Oppenh.-D. N. 5, Heß aO.

Digitized by Google

Elfter Abschnitt.

Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen.

1) Der Abschn. 11 behandelt Vergehen bezüglich der Religion, nicht solche gegen die Religion; daraus ist zu entnehmen, daß das StGB. die Religion als solche nicht zu den Rechtsgütern rechnet, daß vielmehr der Friede der Religionsgesellschaften das Angriffsobjekt bildet. Demgemäß sind die einzelnen im Abschn. 11 aufgestellten Tatbestände so andersgeartet, daß nicht gesagt werden kann, es werde in Abschn. 11 eine Materie i. S. des EG. § 2 geregelt; so Binding Hb. 1 322; aM. Kohler Studien 1 224.

§. 166.

Wer dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Aeußerungen Gott lästert, ein Aergerniß gibt, oder wer öffentlich eine der christlichen Kirchen oder eine andere mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehende Religionsgesellschaft oder ihre Einrichtungen oder Gebräuche beschimpft, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. § 135. Entw. I § 144, II § 163. StB. S. 639—641, 1170 ff.

Gotteslästerung. N. 1—8.

1) Bei der sog. Gotteslästerung, dem ersten der drei kumulativen Mischtatbestände des §. (Wertheimer Mischgesetze S. 39), bildet nach dem StGB. nicht „Gott" den Angriffsgegenstand (Abschn. 11 N. 1), vielmehr wird die Verletzung des religiösen Gefühls anderer bestraft, wie daraus erhellt, daß die Ärgernisserregung als ein Erfordernis aufgestellt ist; Hälschner 2 702, 706, v. Liszt S. 397, v. Wächter S. 513, Frank N. 1, Rüd.-St. N. 4, Fuld MagDR. 3 92. Demnach kann von letzterem nur in ganz äußerlichem Sinne der „Gottesbegriff" bzw. von Wahlberg, HRl. „Religionsverbr.", „Gott" als „Objekt d. Verg." bezeichnet werden.

2) Wie nach dem PrStGB. § 135 der Begriff „Gott" aufzufassen war, ergibt sich aus dessen Entstehungsgeschichte nicht; denn wenn auch (nach Goltd. Mat. 2 264) die Entwürfe von 1829, 1830 unter Meidung des Ausdrucks „Gotteslästerung" statt dessen sagten: „Wer sich ... schmähend oder verspottend über Gott äußert", um die gemeinrechtlich sog. unmittelbare Blasphemie von der die Lästerung Christi mit umfassenden mittelbaren Blasphemie zu unterscheiden und die letztere lediglich als Beleidgg. der Religionsgesellschaften zu behandeln, so ist doch hiervon in den späteren Entwürfen wieder abgegangen; man hat den Ausdruck „Gott lästern" wieder aufgenommen und überdies die Gotteslästerung sowie die Beleidgg. der Religionsgesellschaften in einem §. unter dieselbe Strafandrohung gestellt. Hiernach erscheint es vollkommen unzulässig, mit Villnow, GS. 31 527, aus der Entstehungsgeschichte des PrStGB. zu schließen, daß der Begriff „Gott" nicht nach der Auffassung einzelner Religionsgesellschaften sich richten dürfe. Ebensowenig ergibt die Entstehungsgeschichte des § 166 selbst etwas über die Auslegung des Begriffes „Gott". Hinsichtlich dieser erscheint maßgebend, daß die Grundlagen für das Verg. der Gotteslästerung unmöglich der den einzelnen Individuen beiwohnende Gottesbegriff sein kann, daß vielmehr die Grundlage notwendig eine positive sein muß, wie sie allein in den Bekenntnissen bestehender Religionsgesellschaften und zwar „der christlichen Kirche oder anderer mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehender Religionsgesellschaften" sich findet; diese Beschränkung ist weniger daraus zu entnehmen, daß lediglich diese Religionsgesellschaften im unmittelbaren Anschluß an die Gotteslästerung erwähnt werden, sondern ergibt sich notwendig daraus, daß der Gottesbegriff nicht anerkannter Religionsgesellschaften eine genügende objektive Grundlage gleichfalls nicht gewährt. So wird man dahin geführt, den Begriff „Gott" nach Maßgabe der Bekenntnisse der christlichen Kirchen (N. 9) und der vorhin bezeichneten

Digitized by Google

Religionsgesellschaften auszulegen; RG. II 3. März 82 E. 6 77. Wenn Billnow aO. S. 528, Hälschner 2 704 u. Kohler Studien 1 165 f. in dem Bestreben, gleichfalls eine positive Grundlage zu gewinnen und einen Gottesbegriff auszuschließen, den weder das Volk noch eine der Religionsgesellschaften kenne, den Satz aufstellen, das Gesetz verstehe unter „Gott" das in allen bei uns anerkannten Religionen auf der gemeinsamen Grundlage des Monotheismus Übereinstimmende, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Resultat immerhin eine Abstraktion bleibt, die demgemäß auf Grund subjektiver Auffassung höchst verschieden ausfallen kann; dem Begriffe der Gotteslästerung würde die erforderliche Festigkeit fehlen. So: v Liszt S. 398, Schütze S. 347 N. 4, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 2, Fuld MagDR. 3 93 ff. u. G. 39 143. AM.: Binding Lb. 1 179, Merkel S. 371, H. Meyer S. 754, Wahlberg HRl. „Religionsverbr.", Bott Religionsverg. (Diss. Tübingen 1890) S. 22.

Aus der obigen Entwicklung folgt, daß, dem übereinstimmenden Bekenntnisse sämtl. christlichen Kirchen entsprechend, die Lästerung Christi oder des hl. Geistes eine Gotteslästerung ist. So: Geyer 2 90, v. Liszt S. 398, Oppenh.-D. N. 2; speziell btr. Christi: RG. III 13. Dez. 79 N. 1 143, Berlin OAG. 15. Feb. 73, München 12. Okt. 77, St. 2 232, 8 122, Meves GS. 22 334, Fuld aO. S. 97; speziell btr. des hl. Geistes: Berlin 20. Jan. 75, 16. Nov. 76, St. 4 311, 7 60. AM. Merkel S. 372, ferner: Billnow aO. S. 534, Wahlberg HH. 3 267 u. HRl. „Religionsverbr.", v. Schwarze N. 4a, eine Beschimpfung Christi o. des hl. Geistes sei eine Beschimpfung der christl. Kirchen; ähnlich Kohler aO. S. 167, 180.

3) „Lästern" bedeutet gewöhnlich und namentl. soweit es um etwas sich handelt, das von anderen geachtet (Fuld MagDR. 3 98) bzw. heilig gehalten wird (vgl. RG. III 13. Dez. 79 N. 1 143), also insbs. in der Verbindung „Gott lästern", nach Grimms Wörterbuch „mit Betonung des Schmähsüchtigen Ehrenrühriges über einen sagen, Böses reden"; aM. Billnow GS. 31 530, das Schmähende liege nicht im Begriffe des Lästerns. Wenn dagegen Grimm dem Obigen noch hinzufügt „durch Reden beschimpfen", so wird Billnow darin zuzustimmen sein, daß das „Beschimpfende", wenigstens i. S. des StGB., nicht in dem Begriffe des Lästerns liegt; so auch Kohler Studien 1 167 f.

Es spricht dafür zunächst, daß anderenfalls die Redewendung „in beschimpfenden Äußerungen Gott lästern" pleonastisch sein würde. Dazu tritt, daß Grimm „Beschimpfen" in etwas anderer Weise erläutert, als wie dem Sprachgebrauche des StGB. entsprechen dürfte. Nachdem Grimm s. v. „Beleidigen" beleidigende Worte als solche charakterisiert hat, die „die innere Empfindung verletzen", bemerkt er zu „Beschimpfen" folgendes: „Mehr als beleidigen . . . weniger als entehren; Beleidigen braucht keinen Schimpf zu enthalten und kann bloß wehe tun; Beschimpfen rührt die Ehre an, ohne sie zu nehmen". Es ist aber nicht zweifelhaft, daß i. S. des StGB., insbs. der §§ 95 (N. 2), 185 (N. 1), Beleidigung eine die Kränkung der Ehre eines anderen enthaltende Kundgebung ist; liegt sonach gemäß der Auffassung des StGB. im Beleidigen das „Anrühren der Ehre", so muß das „Beschimpfen" noch eine besondere Bedeutung haben. In Rücksicht auf die im gewöhnlichen Leben sogenannten „Schimpfworte" erscheint die Auffassung gerechtfertigt, daß die Ehrenkränkung beim Beschimpfen durch eine solche Roheit (über die Bedeutung dieses Begriffs vgl. RG. III 10. Jan. 01 G. 48 113) o. besonders verletzende Form des Ausdrucks sich kennzeichne, die schon an sich die Nichtachtung oder Verachtung dartut. So: RG. III 11. März 82, 8. Nov. 83, 5. Feb. 85, 18. März 95, E. 6 88, 9 158, R. 7 83, G. 43 49, I 21. Feb. 84, 20. Feb. 93, E. 10 146, 24 12, IV 24. Nov. 91, 8. Juni 95, E. 22 238, 27 284 (vgl. aber auch 25. Okt. 89 G. 37 362), II 2. Juni 96 E. 28 403, ferner: Binding Lb. 1 179, v. Liszt S. 398, Merkel S. 372, 385, Frank N. 1, Rüd.-St. N. 11, Fuld MagDR. 3 99 u. G. 39 146, Bott Religionsverg. S. 25, 42; dagegen will Beling ZStrW. 18 285 noch neben der Form das Motiv der Äußerung berücksichtigen, da Schimpfen ein Ausdruck der „Gemeinheit" sei. AM.: Darmstadt 22. Apr. 73, 77, St. 2 315, 8 121, Oppenh.-D. N. 3, 8 (eine an sich beleidigende Form werde nicht notwendig vorausgesetzt), Kohler Studien 1 168 N. **, Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 67, Wach ZKirchR. 2 171. Dementsprechend hat die Praxis folgende Äußerungen für beschimpfend erklärt:

„Grobian", bezügl. des hl. Geistes; Berlin 20. Jan. 75 St. 4 311;

Digitized by Google

„Mördergrube", bezügl. der christlichen Kirche, desgleichen das zunächst von der hl. Schrift gebrauchte „lügenhaft"; Dresden 21. Aug. 74 St. 5 44;

„Maskerade", bezüglich der Amtstracht der christl. Geistlichkeit; zit. Dresden;

„Dummkopf", bezügl. eines amtierenden Geistlichen; Mannheim 10. Juli 75 St. 5 309;

„Bauern und alte Frauen", als Prediger bei den „Irrlehren", also in Beziehung zum luther. Predigtamte; zit. RG. E. 9 158.

Damit ist aber nicht gesagt, daß eine „Beschimpfung" nur vorliegen könne beim Gebrauche sog. Schimpfworte; das oben für den Begriff der „Beschimpfung" aufgestellte Erfordernis bedeutet nicht, daß die für die Mißachtung gebrauchten Ausdrücke, d. h. der sprachliche Ausdruck, allein darüber entscheide, ob eine verletzende Roheit vorliege, sd. es kommt darauf an, in welcher Weise der Gedanke der Mißachtung kundgegeben ist; RG. zit. E. 28 403, III 17. Juni 97, I 5. Nov. 98, E. 30 194, 31 305, v. Liszt aO. N. 2, Oppenh.-D. N. 3. Daher ist anzunehmen, daß eine Beschimpfung auch dann vorliege, wenn eine in bezug auf „Gott" behauptete o. verbreitete Tatsache an sich schimpflicher Art ist (wie z. B. die Behauptung, dem Judengotte sei die Ermordung christl. Kinder zur Feier des jüd. Osterfestes wohlgefällig), mag auch der wörtliche Ausdruck für die Behauptung o. Verbreitung ein besonders roher nicht sein, und zwar auch dann, wenn die Behauptung o. Verbreitung nicht wider besseres Wissen erfolgt, wie im Falle des § 189 erfordert wird; so das zit. RG. E. 28 403.

Es unterliegt hiernach im wesentlichen tatsächlicher Beurteilung, ob die Grenze, an welcher der Ausdruck der Nichtachtung zur Beschimpfung werde, im Einzelfalle überschritten sei; RG. III 31. März 80, 5. Feb. 85, R. 1 521, 7 83, I 21. Feb. 84 E. 10 146, sowie die zitt. E. 24 12, 30 194, 31 305, G. 48 113. Mit Recht heben jedoch die zitt. E. 10 146, 30 194, G. 48 113 hervor, daß es der Würdigung des Revisionsrichters vorbehalten bleibe, ob nicht der Begriff der Beschimpfung verkannt sei; so deckt sich namentl. mit der „Beschimpfung" nicht die Feststellung:

der „Verspottung"; so: zit. RG. E. 10 146, Berlin 27. Sept. 76, 25. Sept. 77, O. 17 603, G. 25 523;

der „Frivolität"; so zit. RG. E. 27 284;

der bloßen „Geringschätzung"; RG. III 23. Dez. 81 E. 5 354;

der „Travestierung"; so Wolfenbüttel 31. März 74 St. 3 309.

Die Feststellg. einer „Herabwürdigung", insofern durch diese nur ein Mangel an Achtung betätigt wird, erfüllt den Begriff der Beschimpfung nicht (RG. III 13. Dez. 79 R. 1 143), wohl aber eine „rohe Herabwürdigung", insofern dadurch Gott der „Lächerlichkeit und Verachtung" preisgegeben wird (RG. I 28. Apr. 98 E. 31 135). Im übrigen unterscheidet das Gesetz nicht zwischen Beschimpfungen niederen und höheren Grades, indem ihm eine Steigerung innerhalb des Tatbestandsmerkmals unbekannt ist; zit. RG. G. 48 113.

4) Das Gesetz erfordert, infolge der Annahme eines vom Abg. Lasker gestellten Antrages, daß die Lästerung in beschimpfenden „Äußerungen" erfolgt sei. Hierdurch sind diejenigen beschimpfenden Lästerungen ausgeschlossen, die mittels bildlicher o. anderer Darstellungen geschehen; denn nach ständigem Sprachgebrauch (vgl. Grimms Wörterbuch) spricht man nur von „mündlichen u. schriftlichen", nicht aber auch von „bildlichen" Äußerungen. Das PrStGB. § 135 bediente sich deshalb auch der Wendung „in Worten, Schriften o. anderen Darstellungen". So: Binding Lb. 1 178, Hälschner 2 706 N. 2, v. Liszt S. 398, H. Meyer S. 755, Frank N. 1, Fuld MagDR. 3 99, Bott Religionsverg. S. 26. AM.: Berner S. 442, Schütze S. 346, Oppenh.-D. N. 3, Meves GS. 27 336, Kohler Studien 1 169, Klöppel RPreßr. S. 430, 432.

5) Täter kann, ausweislich des „Wer", an sich ein jeder sein. Namentl. erhellt aus den obigen Ausführungen, daß die Religion o. Konfession des Täters bzw. dessen religiöser Standpunkt gleichgültig ist; Berlin 17. Mai 78 St. 8 123, Hälschner 2 706.

6) Das Gesetz stellt endlich das Erfordernis der Öffentlichkeit der Gotteslästrg. auf; da eine ausdrückliche Beziehung des „öffentlich" auf die Örtlichkeit im § 166 sich nicht findet,

Digitized by Google

so kommt das § 110 N. 5 Gesagte zur Anwendung; so, außer den dort zitt. RG. E. 21 254, 22 241, 35 159, ferner: III 13. Dez. 79, 26. März 81, 8. Nov. 83, 24. Feb. 87, N. 1 143, 3 167, E. 9 158, N. 9 151 (Lästrg. einerseits in einem öffentl. Omnibus vor den zufällig anwesenden Fahrgästen bzw. in der Kirche zwar nicht während des Gottesdienstes, wohl aber in Anwesenheit der zum Unterrichte in der Christenlehre versammelten Gefirmten und auch erwachsener Gemeindemitglieder, andererseits aber in einer nur von den Schülern u. den Schulbeamten betretenen Schule). Das gilt speziell auch in bezug auf schriftliche beschimpfende Äußerungen. Daß die Gotteslästrg., die nicht öffentlich, sondern in einem geschlossenen Kreise geschah, nachträglich in die Öffentlichkeit bringt, genügt zur Erfüllung des Tatbestandes nicht; Wahlberg HH. 3 266, v. Schwarze N. 5.

7) Mit Rücksicht auf die Deliktsnatur der Gotteslästrg. (N. 1) wird endlich erfordert, daß durch die Lästerung ein „Ärgernis", d. h. nach Grimms Wörterbuch ein „Anstoß", oder, wie RG. II 10. Feb., I 12. Juli 80, E. 1 199, 2 196 mit Bezug auf § 183 bzw. § 166 sich ausdrücken, eine Verletzung des persönlichen, moralischen o. religiösen Gefühls (aM. Scholl ZStrW. 13 296 ff.), „gegeben" werde. Es genügt somit nicht, daß die Lästerung lediglich „geeignet war, Ärgernis zu erregen" (vgl. jedoch § 184 b), vielmehr ist erforderlich, daß mindestens einer Person ein solches wirklich bereitet worden ist; deshalb setzt die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmales die Kenntnisnahme anderer notwendig voraus u. ist weiter von der Bildung, dem Gefühle 2c. der Wahrnehmenden abhängig. So: RG. II, III 10. Okt. 87, III 17. Juni 97, E. 16 245, 30 194, auch zit. E. 2 196 (btr. § 183), Berner S. 442, Hälschner 2 706, v. Liszt S. 398, H. Meyer S. 755 (747), Wahlberg HRl. „Religionsverbr." (vgl. jedoch HH. 3 267), Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 3, 5, Meves GS. 27 339, Fuld MagDR. 3 101, Kohler Studien 1 171, Bott Religionsverg. S. 27, Scholl ZStrW. 13 293. AM.: Jena 23. Dez. 75 St. 6 264, v. Schwarze N. 6, Klöppel NPreßr. S. 429. Allerdings kann man „Ärgernis geben" in einen Gegensatz zum „Ärgernis nehmen" setzen, aber nicht, wie solches v. Schwarze § 183 N. 4 u. Reiffel G. 39 10 tun, in dem Sinne, daß dort die Gelegenheit zum Ärgernis geboten, hier aber wirklich Ärgernis erregt werde, sondern vielmehr in der Weise, daß beim Ärgernis „geben" die Veranlassung zu der Ärgniserregung in dem sich äußernden (aktiven) Teile, beim Ärgernis „nehmen" dagegen in dem hörenden (passiven) Teile gefunden wird.

Da der Gott Lästernde „dadurch" ein Ärgernis gegeben haben muß, so reicht es nicht aus, wenn eine öffentl. Gotteslästrg., die bei der Gelegenheit, bei der sie fiel, kein Ärgernis gab, ein solches erst später durch Weiterverbreitung erregte; Scholl aO. S. 317 (hier falle „durch die Tat" und „mit der Tat" zusammen); eben deshalb ist es nicht von praktischer Bedeutung, daß gemäß § 67 4 die Verjährung bereits mit der Ärgernis erregenden Hdlg. beginnt u. nicht erst mit dem Eintritt des Ärgernisnehmens. Noch weniger erfüllt es den Tatbestand, falls eine nicht-öffentlich geäußerte Gotteslästerung (N. 6) in der bezeichneten Weise demnächst ein wenn auch „öffentliches" Ärgernis gibt; Billnow GS. 31 350, Kohler aO. S. 172.

8) Daß die Hdlg. eine „vorsätzliche" sein muß, kann einem Bedenken nicht unterliegen (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4). Es genügt jedoch der auf die Kundgebung gerichtete Wille, verbunden mit dem Bewußtsein einerseits von der Eigenschaft der Äußerung als beschimpfender (so RG. III 17. Juni 97 E. 30 194, eine dahin gehende Absicht sei nicht erforderlich; aM. Rubo N. 6), andererseits von der Möglichkeit der Ärgerniserregung (so Hälschner 2 706; aM. Binding Lb. 1 178, der in dem Erfolge der Ärgerniserregung lediglich ein objektives Strafbarkeitsmerkmal sieht).

Beschimpfung der Kirchen 2c. u. ihrer Einrichtungen 2c. N. 9—15.

9) Als Angriffsgegenstand für den zweiten der Mischtatbestände (N. 1) werden die „mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehenden Religionsgesellschaften" bezeichnet und unter diesen besonders und an erster Stelle „die christlichen Kirchen" hervorgehoben, wie grammatikalisch aus dem Wörtchen „andere" sich ergibt. Die christl. Kirchen kommen somit nur in Betracht, wenn sie „mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehen"; Hälschner 2 707. Das sind aber die „ge-

Digitized by Google

schichtlich und nach Staatsverträgen" privilegierten christl. Kirchen, nämlich die römisch-katholische und die evangelische o. protestantische (diese als lutherische, reformierte u. sog. unierte) Kirche. Die anglikanische und die griechisch-katholische Kirche sind dagegen nicht gemeint. So: Binding Lb. 1 180, Wahlberg HH. 3 267, Schütze S. 346, Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 7, Meves GS. 27 345. AM.: Villnow GS. 31 531, Kohler Studien 1 174, Bott Religionsverg. S. 32, auch Berner S. 443 u. v. Schwarze N. 7, insofern beide die griechische Kirche mitzählen. Eine partikuläre Landeskirche (z. B. die koburg-protestantische) rechnet gleichfalls zu den christl. Kirchen; RG. III 3. Dez. 81 E. 5 188.

Eine „mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehende Religionsgesellschaft" ist vorhanden, wenn eine Religionsgesellschaft auch nur in einem Teile des Bundesgebietes oder nur in einem einzelnen Bundesstaate Korporationsrechte besitzt. Wann solches, abgesehen von den oben bezeichneten christlichen Kirchen, der Fall sei, insbs. ob nur auf Grund einer ausdrücklichen Verleihung der Korporationsrechte, ist nach Maßgabe des Staats- u. Kirchenrechtes der einzelnen Bundesstaaten zu entscheiden.

Zu den bezeichneten Religionsgesellschaften gehört namentl. die jüdische, weil nach der Gesetzgebung einzelner Bundesstaaten, z. B. Preußens, den einzelnen Synagogengemeinden Korporationsrechte verliehen sind und dadurch die jüdische Religionsgesellschaft, auch in ihrer Gesamtheit verstanden, in D. mit Korporationsrechten besteht; RG. II 3. März 82 E. 6 77, Berlin 11. Okt. 77 O. 18 644, Frank N. 11, Oppenh-D. N. 7, Kohler aO. S. 175.

10) Hinsichtlich der römisch-katholischen Kirche ist streitig, welchen Einfluß die Vorgänge infolge des Vatikanischen Konzils auf sie gehabt haben. Maßgebend ist vor allem die etwaige landesgesetzliche Regelung der Frage; so bilden die Altkatholiken jetzt positiv-rechtlich in Bayern nur eine sich separierende Sekte. Fehlt es an solcher ausdrücklichen Regelung, so wird die tatsächliche Anerkennung des Altkatholizismus in verschiedenen D. Staaten (namentl. in Preußen) als Zweiges der früher einheitlichen römisch-katholischen Kirche die rechtliche Wirkung haben müssen, daß, wie die Beschimpfung der „neu-katholischen (d. h. vatikanischen) Kirche" (Berlin 19. Feb. 75 O. 16 141), so auch die der altkatholischen Kirche als eine solche der römisch-katholischen Kirche selbst anzusehen ist. So: Berlin konstant, z. B. 24. Mai 73, 20. Okt. 74, 25. Sept. 77, Mannheim 15. Jan. 76, St. 3 57, 4 307, 7 273, 6 236, Binding Lb. 1 180, Geyer 2 91, Hälschner 2 707 N. 2, v. Liszt S. 399, Merkel S. 372, Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 7, Meves GS. 27 347, Kohler Studien 1 175, Bott Religionsverg. S. 33. Dagegen rechnet Villnow GS. 31 533 die Altkatholiken zu den innerhalb des Bundesgebietes mit Korporationsrechten bestehenden Religionsgesellschaften, ähnlich H. Meyer S. 755 N. 9, was allerdings nach obigem für Bayern zutrifft.

11) Der strafbare Angriff kann sich richten entweder gegen die in N. 9 bezeichneten „Religionsgesellschaften" an sich oder gegen ihre „Einrichtungen o. Gebräuche".

a) Der Angriff gegen die „Religionsgesellschaften" an sich kann ein direkter oder indirekter sein; letzteres ist z. B. der Fall, wenn die Beschimpfung einer Lehre, namentl. der gesamten Lehren, gleichzeitig die Religionsgesellschaft selbst trifft (s. u. c); RG. III 8. Nov. 83 E. 9 158, 28. Juni 83 N. 5 677, Dresden 19. Mai 76 St. 7 59, Hälschner 2 708, Kohler Studien 1 176 f., 179; unter dieser Voraussetzung kommt es deshalb nicht darauf an, ob die angegriffene Lehre, z. B. das Dogma von der Unfehlbarkeit des Papstes, am Latorte gültig veröffentlicht ist; RG. I 1. Dez. 94 E. 26 294 (in Els.-Lothr. sei das Dogma im Widerspruch mit der Landesgesetzgbg. veröffentlicht). So werden ferner getroffen die christl. Kirchen durch eine Beschimpfung der hl. Schrift, als der Grundlage des christl. Glaubens (RG. III 12. Nov. 85 N. 7 658, Dresden 21. Aug., 4. Dez. 74, Berlin 25. Sept. 77, St. 5 44, 45, 7 274), die einzelnen Kirchen, z. B. die protestantische, die altkatholische, durch die Beschimpfung ihrer Anhänger in der Gesamtheit (Mannheim 5. Mai, Berlin 25. Sept. 77, St. 7 65, 273), endlich die christl. Kirchen und die jüdische Religionsgesellschaft zusammen durch die Beschimpfung der zehn Gebote, als der von jenen anerkannten Fundamentalsätze des sittlichen Handelns (Dresden 21. Aug. 74 St. 5 44). Dagegen hat RG. zit. E. 9 158, IV 13. Nov. 85 N. 7 664 angenommen, daß die luth. Kirche durch Beschimpfung Luthers, als ihres Stifters, nicht unbedingt getroffen werde; so auch Kohler aO. S. 180.

Digitized by Google

b) Nicht jede äußerlich mit einer Kirche o. Religionsgesellschaft zusammenhängende Einrichtung 2c. kann als eine religiös-kirchliche Einrichtung 2c., d. h. als eine Einrichtung der Kirche o. einer Religionsgesellschaft, bezeichnet werden; RG. III 3. Dez. 81 E. 5 188. Vielmehr ist i. S. des § 166 zu verstehen unter einer „Einrichtung" der Kirche 2c. die allgemeine Ordnung einer Angelegenheit der Kirche als solcher, d. h. alles dessen, was ihre Aufgaben, Interessen, Rechte und Pflichten sowie ihr Verhältnis zu ihren Mitgliedern und nach außen betrifft, unter einem „Gebrauche" der Kirche demgemäß eine allgemeine, solche Angelegenheit betreffende Übung; RG. II 9. Nov. 86 R. 8 692. Das Erfordernis der allgemeinen Anordnung bzw. Übung ist dabei nicht dahin zu verstehen, daß die fr. Einrichtung 2c. einer der betreffenden Kirchengemeinschaften dergestalt gemeinsam sein müsse, daß Abweichungen o. Ausnahmen davon nicht stattfinden dürften, vielmehr nur so, daß die Einrichtung 2c. nicht eine im Verhältnisse zur Gesamtheit völlig vereinzelte Erscheinung einer einzelnen Kirchengemeinde darstelle; zit. RG. E. 5 183, Kohler aO. S. 178.

c) Neben den „Einrichtungen oder Gebräuchen" der Religionsgesellschaften nannten die Entwürfe, im Anschluß an PrStGB. § 135, auch noch die „Gegenstände ihrer Verehrung und ihrer Lehren". Diese geistigen Grundlagen der Religionsgesellschaften bilden jedoch, nach Streichung jener Worte, als solche keinen Gegenstand der im § 166 bedrohten Beschimpfung; so auch Hälschner aO. u. v. Liszt S. 399, von den Einrichtungen u. Gebräuchen seien die Glaubenssätze zu unterscheiden, sowie RG. I 20. Feb. 93 E. 23 12, jene hätten zwar der Regel nach in der Lehre der Kirche ihren Ursprung, kennzeichneten sich aber damit noch nicht als Glaubenssätze. Deren Beschimpfung ist deshalb aus § 166 nur strafbar, insofern darin — nach Maßgabe der obigen Ausführung — eine Beschimpfung der Religionsgesellschaften an sich oder ihrer Einrichtungen und Gebräuche zu finden ist; RG. I 8. Nov. 80 E. 2 428, 5. Juli 86 R. 8 511, zit. E. 26 294, 14. Jan. 97 G. 45 34 (durch eine Beschimpfung der Macht u. Wirkung der Lehre einer der christl. Kirchen können das Dogma selbst u. dadurch auch die btr. Kirche als solche beschimpft werden), III 31. März 80 R. 1 521 (btr. d. letzte Konzil), IV 24. Nov. 91 E. 22 238 (btr. d. „hl. Rock" zu Trier; dazu Wach ZKirchR. 2 178 ff.), ferner einerseits das zit. R. 5 677, das in einer das Dogma der „Unfehlbarkeit" btr. Auslassung eine Beschimpfung der röm.-kathol. Kirche selbst fand, weil es u. seine allg. Geltung als Glaubenssatz ein Teil u. unbedingte Folge der ganzen kathol. Lehre sei, andererseits das zit. R. 7 658, das in einem nur gegen einzelne Lehren der Bibel, insbs. des AT., gerichteten Angriff keinen solchen gegen die christl. Kirche o. ihre Einrichtungen sah; aM.: Binding Lb. 1 180, Frank N. II, Bott Religionsverg. S. 37. Man wird aber Billnow GS. 31 534 darin nicht beitreten können, daß „in einer Verhöhnung ihrer Dogmen und Lehren" stets eine Beschimpfung der betreffenden Religionsgesellschaften liege; denn es bildet keineswegs jede einzelne ihrer Lehren das „Wesen der Religionsgesellschaft". Vgl. übrigens Haager „Beitrag zur Lehre von den Religionsvergehen" (Erlangen 1874). Es bedarf vielmehr die Annahme, daß in der Beschimpfung eines Glaubenssatzes zugleich eine solche einer der christl. Kirchen selbst enthalten sei, einer entsprechenden Begründung; RG. II 4. Juli 02 G. 49 280.

12) I. In der Praxis sind anerkannt:

a. als Einrichtungen, u. zwar:

α. der christlichen Kirchen:

die Christusverehrung; RG. I 8. Nov. 80 E. 2 428;

das apostol. Glaubensbek.; RG. III 30. Nov. 81 R. 3 755, Berlin 6. März 79 O. 20 129;

die Reichung des Abendmahls, die Verkündung des Evangeliums durch die Predigt; RG. III 23. Dez. 81 E. 5 354;

die Sonntagsheiligung; RG. II 9. Nov. 86 R. 8 692;

Kirchenlieder u. Responsorien, als Bestandteile des Gottesdienstes, hinsichtlich des Textes u. der Melodie; RG. IV 25. Okt. 89 G. 37 362;

die kirchliche Ehe; München 25. Feb. 76 St. 6 315;

β. der römisch-katholischen Kirche:

die Konzile; RG. III 31. März 80 R. 1 521;

Digitized by Google

der Marienkultus; RG. I 8. Nov. 80 E. 2 428;
das Priestertum; RG. IV 8. Juni 95 E. 27 284;
das Institut der kirchl. approbierten Orden; RG. II 27. März 00 E. 33 221 (s. jedoch u. IIa);
die Messe; Berlin 24. Mai 73 St. 3 57; auch insofern sie von einem altkathol. Priester zelebriert wird; Berlin 27. Sept. 76 O. 17 604;
der Ablaß; Berlin 30. Juni 74 St. 4 135;
das Zölibat; Berlin 23. Okt. 72 O. 13 548;
das Mönchswesen; Berlin 29. Okt. 75 O. 16 705;

γ. der lutherischen bzw. evangelischen Kirche:
das luther. Predigtamt in derj. Gestaltung, welche eine teilweise Vertretung des Pfarrers durch den Lehrer ermöglicht; RG. III 8. Nov. 83 E. 9 158;
das evangel. Lehramt; zit. RG. N. 8 692;
ein „Konfirmationsschein", falls er oder die Art seiner Erteilung mit dem Konfirmationsakte so innig zusammenhängt, daß er als Bestandteil der Konfirmation selbst, also einer kirchl. Einrichtung o. eines christl. Kirchengebrauches, zu bezeichnen sei; RG. III 3. Dez. 81 E. 5 188;
die den evangel. Geistlichen gestattete Ehe; Berlin 27. Apr. 76 O. 17 286 (dies jedoch zu Unrecht, da die Ehe der Geistlichen nur etwas „nicht Unzulässiges, etwas Gebräuchliches" ist; Villnow GS. 31 535);

b. als Gebrauch, u. zwar:

α. der christlichen Kirchen:
die Amtstracht der Geistlichen; RG. III 11. März 82 E. 6 88, Dresden 21. Aug. 74 St. 5 44;
das Kollektieren für christliche Zwecke, auch außerhalb der Kirchengebäude (sog. Hauskollekte), nach Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde; RG. II 30. Nov. 80 R. 2 581 (dagegen Kohler Studien 1 178);
die bei christl. (kathol. u. protestant.) Beerdigungen üblichen Formen u. Gebete; RG. I 28. Apr. 98 E. 31 133;

β. der katholischen Kirche:
der Kultus der Reliquienverehrung; RG. IV 24. Nov. 91, I 20. Feb. 93, E. 22 238, 23 12;
der Gebrauch des Weihwassers, aber nur insofern er eine für sich bestehende o. eine als begleitende Zeremonie auftretende „liturgische Hdlg." bildet; RG. I 4. März 01 G. 48 130 (s. u. IIa).

II. Dagegen ist nicht erachtet;

a. als Einrichtung der kathol. Kirche: die Person der Mutter Christi bzw. ihre Anerkennung als Gottesmutter; RG. I 5. Juli 86 R. 8 511 (jene sei ein „Gegenstand der Verehrung", diese ein „Glaubenssatz"); der Priesterstand, als Gesamtheit der Mitglieder dieses Standes (im Gegensatz zum Priestertum); das Iaβ zit. RG. E. 27 284; die einzelnen Ausgestaltungen des Ordensinstituts, wie z. B. der Jesuitenorden; das Iaβ zit. RG. E. 33 221; als Gebrauch der kathol. Kirche: die Besprengung mit Weihwasser, sofern sie nicht ein mit dem Wesen der Kirche innerlich zusammenhängender, sd. nur ein äußerlicher Gebrauch ist; das IIbβ zit. RG. G. 48 130;
b. als Einrichtung o. Gebrauch der evangel. Kirche: „die Kanzel" als Teil des Kirchengebäudes; RG. IV 10. Juli 94 E. 26 39 (anders, wenn mit der „Kanzel" das Predigtamt und die Predigt im allg. gemeint werde);
c. als Einrichtung der christl. Kirchen und der jüdischen Religionsgemeinschaft: die zehn Gebote; RG. III 4. Feb. 95 E. 26 435 (sie seien eine Zusammenstllg. rein sittlicher Grundsätze u. Lehren).

13) Eine Beschimpfung, welche eine Einrichtung in einer einzelnen Erscheinung (z. B. das vatikanische Konzil) oder die konkrete Handhabung eines Gebrauches (z. B. der Erteilung eines Ablasses o. einer bestimmten Reliquienausstllg.) zum Gegenstande hat, braucht

Digitized by Google

nicht notwendig die Einrichtung oder den Gebrauch als solche zu treffen, während andererseits die Möglichkeit zuzugeben ist, daß das der Fall sein kann; RG. III 31. März 80 R. 1 521, 8. Feb. 97 G. 45 45, IV 24. Nov. 91, I 20. Feb. 93, E. 22 238, 23 12, v. Liszt S. 399. So ist selbst die Gesamtheit der Päpste o. Bischöfe nicht gleichbedeutend mit der kirchl. Einrichtung des Papst- o. Bischofstums, der Priesterstand nicht mit der Einrichtung des Priestertums; RG. I 24. Jan. 01 G. 48 118.

14) Die Hdlg. selbst besteht in dem „öffentlich" (N. 6) „Beschimpfen" (N. 3) einer der christl. Kirchen, ihrer Einrichtungen 2c.; gegen diese als solche muß der Angriff in der gekennzeichneten Form gerichtet sein; RG. I 21. Feb. 84 E. 10 146, III 18. März 95 G. 43 49. Da hier eine Beschränkung auf beschimpfende „Äußerungen" nicht gegeben ist, so fällt auch ein „Beschimpfen" der christl. Kirchen mittels bildlicher o. anderer Darstellungen unter das Strafgesetz (N. 4); RG. III 23. Dez. 81 E. 5 354, Hälschner 2 709.

Eine tadelnde Kritik hat das Gesetz auch gegenüber Gegenständen religiöser Verehrung nicht ausschließen wollen; an welchem Punkte aber die an sich statthafte Kritik die Grenzen freier Meinungsäußerung überschreitet und zur Beschimpfung des Gegenstandes der Kritik übergeht, ist eine Frage nicht rechtl., sondern tatsächl. Natur; RG. III 31. März 80, 5. Feb. 85, R. 1 521, 7 83, Hälschner aO. Darüber, ob eine „Beschimpfung" dadurch begangen werden kann, daß Glieder einer bestimmten Konfession, insbs. Geistliche, über andere Religionsgemeinschaften 2c. in den Formen sich äußern, welche ihrem Glauben, der Lehre 2c. ihrer Kirche entsprechen, vgl. Wach ZKirchR. 2 172 ff.

15) Auch diese Alternative des § 166 fordert zweifellos ein vorsätzliches Handeln (N. 8). Deshalb muß der Täter das Bewußtsein von dem Charakter seiner Äußerung 2c. als einer eine Religionsgesellschaft 2c. beschimpfenden haben; RG. III 23. Dez. 81, 8. Nov. 83, E. 5 354, 9 158, 12. Nov. 85 R. 7 658, während IV 25. Okt. 89 G. 37 362 sogar nur das Bewußtsein davon fordert, daß die Äußerung geeignet sei, Einrichtungen der Kirche zu beschimpfen. Dagegen wird eine Absicht der Beschimpfung nicht erfordert; zit. RG. E. 9 158, Berlin 27. Sept. 76 O. 17 604. Ebenso Kohler Studien 1 182.

Der § 193 als solcher findet hier keine Anwendung; Berlin 28. Sept. 76 St. 7 59.

Unfug in einer Kirche 2c. N. 16—19.

16) Der letzte der Mischtatbestände (N. 1) verleiht seinen Schutz „den zu religiösen Versammlungen bestimmten Orten", insbs. den „Kirchen" i. S. von Kirchengebäuden (vgl. § 130a N. 5).

a) Eine „religiöse Versammlung" ist nicht gleichbedeutend mit einer Versammlung zum Zwecke des Gottesdienstes, vielmehr ist jede Versammlung behufs Ausübung der Andacht darunter zu verstehen; deshalb fallen unter jene „Orte" auch Betsäle, Privatkapellen zur Abhaltung einer Hausandacht und andere dergleichen Räume, die zur Abhaltung eines Gottesdienstes (§ 167 N. 2a) nicht bestimmt sind; Kohler Studien 1 195, Oppenh.-D. N. 18.

b) Als ein „zu relig. Vers. bestimmter Ort" hat jeder Raum zu gelten, der nach seinem Verwendungszwecke dem Bedürfnisse einer Religionsgesellschaft (c) zu relig. Vers. gewidmet ist (RG. II 12. Jan. 97 E. 29 334), ohne Rücksicht darauf, ob dies seiner ursprünglichen u. ausschließlichen Bestimmung entspricht, und ob dies auf einer besonderen ritualen Weihe o. auf einer Verfügung des dazu berechtigten Organes der Religionsgesellschaft beruht; RG. IV 14. Apr. 91 G. 39 210; deshalb ist ein zwar zur einstigen Benutzung als Kirchhof bestimmtes und mit einem diesem Zwecke bereits dienenden Areal durch eine Einfriedigung eingeschlossenes Grundstück kein derartiger Ort, wenn es zur Zeit noch zu profanen, insbs. wirtschaftl., Zwecken benutzt wird; RG. III 25. Juni 94 G. 42 250. Dient ein Raum dem Zwecke religiöser Vers. nur vorübergehend, wie z. B. ein von einer Religionsgesellschaft zum Gottesdienst benutzter Gasthofssaal o. ein Arbeitssaal in einer Gefangenanstalt, so ist bezüglich seiner Natur als eines zu relig. Vers. bestimmten Ortes die Zeit entscheidend, während welcher der Ort zu dem Gottesdienste 2c. hergerichtet ist; immer aber kommt es in Fällen solcher Art darauf an, ob während der btr. Zeit die Verwendung zu religiösen Versammlungen die wesentliche Bestimmung sei; RG. I 9. Apr. 96 E. 28 303 (btr. § 167), das jene Eigenschaft bezüglich der öffentl. Straßen einer Stadt, durch welche herkömmlicher-

Digitized by Google

weise gewisse kirchliche Prozessionen sich bewegen, während der Zeit dieses Durchzuges verneint; ähnlich das zit. RG. E. 29 334 btr. eines zwischen städtischen Straßen belegenen unbebauten Platzes, auf dem eine relig. Gemeinschaft regelmäßige Versammlungen mit poliz. Genehmigung abhielt. Speziell wg. der Friedhöfe vgl. N. 17.

c) Das Gesetz schützt jeden „zu relig. Vers. bestimmten Ort", auch wenn es nicht um die Versammlung einer mit Korporationsrechten bestehenden Religionsgesellschaft sich handelt; Rüd.-St. N. 13. Ja es wird nicht einmal erfordert, daß der Ort zu religiösen Versammlungen „einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft" (§ 167 N. 1) bestimmt sei, und ist deshalb auch ein Ort als geschützt anzusehen, der zu religiösen Versammlungen einer nur im Ausl. bestehenden Religionsgesellschaft bestimmt ist, z. B. die Kapelle einer ausländischen Religionsgesellschaft in einem Badeorte; RG. II 2. Juni 99 E. 32 212, Geyer 2 92, v. Liszt S. 399, Wahlberg HRl. Religionsverbr.

d) Innerhalb eines zu relig. Versammlungen bestimmten Gebäudes, insbs. einer Kirche, wird es regelmäßig Räumlichkeiten geben, die unter Abschluß von den der Gottesverehrung gewidmeten Räumen selbst diesem Zwecke nicht dienen, denen daher als solchen der Schutz des § 166 nicht zukommt; zu den unter seinem Schutze stehenden Teilen gehören aber unbedingt die bestimmungs- o. gewohnheitsmäßigen Zugänge zum Gottesdienst; RG. IV 22. Juni 97 G. 45 284, Oppenh.-D. N. 17a.

17) Ob ein Friedhof (sog. Kirchhof) ein „zu religiösen Versammlungen bestimmter Ort" sei, wird nach den konkreten Verhältnissen zu entscheiden sein. Ein der politischen Gemeinde oder Privatpersonen bzw. Korporationen gehöriger Friedhof ist, wenn auch gelegentlich der Begräbnisse auf ihm häufig religiöse Versammlungen stattfinden, dennoch zu solchen nicht bestimmt. Anders die sog. konfessionellen, im Besitze einzelner oder mehrerer Religionsgesellschaften stehenden Friedhöfe, da deren Anlegung in dem Gedanken geschehen ist, daß die auf ihnen stattfindenden Begräbnisse, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, religiöse Handlungen seien, wodurch die Friedhöfe zu den bei den Begräbnissen stattfindenden religiösen Versammlungen in der Tat bestimmt erscheinen. Vgl. Richter-Kahl Kirchenr. § 291 sowie Berlin 5. Juli 76 St. 6 241, wo die Urteilsgründe in einem Falle, in dem es ersichtlich um einen konfessionellen Kirchhof sich handelte, dessen Eigenschaft als eines zu religiösen Versammlungen bestimmten Ortes unter Bezugnahme auf die Lüneburgische KirchenO. motivieren; ähnlich: v. Liszt S. 399 (Friedhöfe gehörten zu den geschützten Orten, wenn und soweit sie zu religiösen Vers. bestimmt seien [alsdann auch zur Feuerbestattung bestimmte Orte], dagegen nicht Orte zu konfessionsloser Beerdigung), H. Meyer S. 756 (jedoch ohne Beschränkung auf konfessionelle Friedhöfe), Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 13 u. § 167 N. 8, Bott Religionsverg. S. 47, Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 71. Am nächsten steht die Ansicht des RG. II 27. März 85 N. 7 195 (übereinstimmend: Frank N. III, Kohler Studien 1 194), es sei denkbar, daß es Begräbnisplätze gebe, die lediglich zur Beerdigung von Leichen bestimmt seien und, weil sie keinen andern Zweck hätten, nicht als Orte angesehen werden könnten, die zu relig. Vers. bestimmt seien; regelmäßig sei jedoch die Bestimmung der Kirchhöfe eine weitergehende (so auch RG. II 14. Juni 95 E. 27 296), indem sie auch zu kirchl. Begräbnissen dienten, bei denen den zum Gebet versammelten Leidtragenden der Charakter einer relig. Vers. zukomme; ein Ort aber, der dauernd durch Herkommen die Bestimmung habe, bei vorkommender Veranlassung relig. Vers. einer gewissen Art in sich aufzunehmen, könne i. S. des § 166 für einen solchen erachtet werden, der zu relig. Vers. bestimmt sei. Ähnlich legt Oppenh.-D. N. 18 auf die „Ortsgebräuchlichkeit" Gewicht. Im übrigen sind die Ansichten geteilt. Einerseits wird überhaupt verneint, daß die Friedhöfe zu relig. Vers. bestimmte Orte seien, weil ihre Bestimmung sei, als Ruhestätte der Toten zu dienen, während die Abhaltung relig. Gebräuche nur nebenher laufe; so Villnow GS. 31 536 u. Hälschner 2 711, dieser wegen des „in Orten", was auf geschlossene Gebäude deute. Andererseits wird ein Friedhof stets und zu allen Zeiten als ein solcher Ort angesehen (so: Darmstadt 7. Okt. 72, Berlin 8. Jan. 78, St. 2 92, 8 123, Berner S. 443), während Meves GS. 27 353 solches nur tut, „insoweit u. so lange die Einsegnungen von Leichen und Anhörung von Grabreden den Charakter relig. Verrichtungen hätten".

Digitized by Google

18) Die strafb. Hdlg. besteht in der „Verübung beschimpfenden Unfugs" an jenen Orten (N. 17); denn die Präposition „in" ist nicht im strengen Wortsinne zu verstehen (vgl. § 167 N. 4c); RG. II 12. Jan. 97 E. 29 334. „Unfug" (§§ 103a, 135, 168, 360[11]) bezeichnet den Gegensatz von dem besonders in der Wendung „Fug und Recht" gebräuchlichen Fug, das, wie gerade jene Verbindung der beiden Synonyma zeigt, mit „Befugnis" (§ 123 N. 14) wesentlich gleichbedeutend ist; demnach bezeichnet „Unfug" an sich eine unberechtigte, eine gewisse Roheit oder Frevelhaftigkeit an sich tragende Handlung; ähnlich Frank E. 34 145, U. sei das Gegenteil von Recht, mithin Rechtsverletzung im weitesten S.; vgl. jedoch auch RG. II 1. Juli 87 N. 9 399 (btr. § 168), U. sei gleich „grobe Ungebühr", und v. Lilienthal HRl. „Unfug", U. sei jedes anstandslose, ungeziemende Benehmen, jede Roheit, jeder Frevel.

In den §§ 103a, 135, 168 ist der Ausdruck „Unfug" mit einem bestimmten Objekte in Verbindung gesetzt, gegen das er sich richtet. Nicht so im § 166; der Entw. I bezeichnete zwar, im Anschluß an das PrStGB., als Objekt „Gegenstände, welche dem Gottesdienste gewidmet sind". Nach Wegfall dieser Worte ist das spezielle Objekt des Unf. als gleichgültig angesehen worden und lediglich der Ort an sich, um seiner Bestimmung willen, gegen beschimpfenden Unf. geschützt (RG. I 9. Mai 92, 9. Jan. 99, E. 23 103, 31 410), weshalb das zit. RG. E. 29 334 mit Recht annimmt, daß aus dem Gebrauche der Präposition „in" eine Beschränkung des Schutzes auf umgrenzte o. umschlossene Räume nicht zu folgern sei; aM. v. Liszt S. 399. Demnach ist hier nur aus der örtlichen Beziehung zu erkennen, welches im vorliegenden Falle das Verbot sei, gegen das der Unf. sich richte. „Unfug in der Kirche" erscheint hiernach als ein solcher, der gegen das religiös-sittliche Verbot eines der Heiligkeit des Ortes nicht entsprechenden äußeren Betrages sich kehrt, so daß jedes unangemessene äußerliche Betragen in einer Kirche als Unf. bezeichnet werden kann; so v. Liszt aO., U. sei jedes rohe, der Zweckbestimmung des Ortes widersprechende Betragen; ähnlich Binding Lb. 1 183, alle des Ortes unwürdige Ungebühr, u. v. Lilienthal aO., beim U. in der Kirche müsse die Hdlg. die schuldige Ehrfurcht vor den relig. Gefühlen anderer verletzen. Strafbar ist aber nur der „beschimpfende" (N. 3_2), also in einer Roheit der Form sich darstellende, Unfug; zit. RG. E. 31 410. In Übereinstimmung mit der obigen Ausführung hat RG. II 27. März 85 N. 7 195 angenommen, daß er in einer ehebrech. Beischlafsvollziehung gefunden werden könne, indem nach dem allg. Volksbewußtsein diese Hdlg. mit Rücksicht auf die Natur und den Ort, an dem sie vorgenommen, geeignet erscheine, das relig. Gefühl anderer zu verletzen und in deren Augen den geheiligten Ort herabzuwürdigen. Im wesentlichen stimmt hiermit die GM. überein, wenn sie annimmt, das Beschimpfende des Unfugs müsse gerade die kirchliche bzw. religiöse Seite betreffen; vgl. Dresden 5. Apr. 72, München 2. Okt. 74, St. 1 370, 4 309, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 17, Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 14, Meves GS. 27 351, Villnow GS. 31 538, Kohler Studien 1 200.

Die „Verübung" des beschimpfd. U. kann durch „Äußerungen" (N. 4) geschehen (Mannheim 10. Juli 75 [2. Entsch.] St. 5 307, 309), aber auch in jeder anderen denkbaren Weise, insbs. auch durch Unterlassungen, wie z. B. Nichtabnehmen des Hutes; so: v. Lilienthal aO., Bott Religionsverg. S. 45; aM. Hälschner 2 711 f., immer handele es sich um U., der an körperl. Gegenständen verübt werde, deshalb kämen namentl. Äußerungen, die nach § 360[11] zu strafen sein würden, nicht in Betracht. Nicht notwendig ist, daß der Unf. öffentlich verübt werde; zit. RG. N. 7 195, Mannheim 10. Juli 75 St. 5 307. Noch weniger wird erfordert, daß durch ihn ein Ärgernis gegeben sei; v. Lilienthal aO.

19) Auch diese Alternative ist, wie die beiden anderen (N. 8, 15), zweifellos ein vorsätzliches Delikt. Demgemäß ist auf seiten des Täters das Bewußtsein von dem — mit Rücksicht auf die Heiligkeit des Ortes der Vornahme — beschimpfenden Charakter seiner Hdlg. erforderlich, während eine auf Beschimpfung gerichtete Absicht nicht vorzuliegen braucht; so: RG. II 27. März 85 N. 7 195, I 9. Mai 92 E. 23 103, Berlin 29. März 76 O. 17 223, v. Lilienthal HRl. „Unfug", Kohler Studien 1 201, Bott Religionsverg. S. 45; aM. Hälschner 2 712, da das Beschimpfen notwendig den Ausdruck eines animus injur. erfordere. Das Bewußtsein von dem objektiv beschimpfenden Charakter einer Äußerung kann möglicher-

Digitized by Google

weise durch die Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten o. verbreiteten Tatsache (vgl. N. 3_2) aufgehoben sein; **RG.** II 2. Juni 96 E. 28 403.

20) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—3 J. (§ 16).

Die **Strafverfolgung verjährt** (wg. des Beginns s. o. N. 7_2) nach § 67_2 in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber, die jedoch nur bei der zweiten Alternative in Frage kommen kann, insofern deren Tatbestand durch öffentl. Beschimpfung mittels Druckschrift begangen wird (N. 14, 6), in sechs Monaten; so auch **RG.** II 28. Feb. 99 E. 32 69.

Zuständig ist **Strafk.**; **GVG.** §§ 73^1, 27.

§. 167.

Wer durch eine Thätlichkeit oder Drohung Jemand hindert, den Gottesdienst einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft auszuüben, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte durch Erregung von Lärm oder Unordnung den Gottesdienst oder einzelne gottesdienstliche Verrichtungen einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft vorsätzlich verhindert oder stört, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. § 136. Entw. I § 145, II § 164.
Vgl. § 339 Abs. 3.

1) Hinsichtlich des **Schutzes des Gottesdienstes**, dem § 167 dient, findet eine Beschränkung auf den Gottesdienst der „mit Korporationsrechten versehenen Religionsgesellschaften" nicht statt (vgl. § 166 N. 9), vielmehr wird der Gottesdienst einer jeden „**im Staate bestehenden Religionsgesellschaft**" geschützt; Frank N. I 1. Darunter ist eine jede Religionsgesellschaft zu verstehen, die in einem Bundesstaate als solche besteht, soweit eine staatliche Genehmigung zur Bildung von Religionsgesellschaften notwendig ist (vgl. Richter-Dove Kirchenr. S. 320 f.), mit solcher (denn sonst besteht die „Religionsgesellschaft" nicht, sondern nur ein religiöser Privatverein), anderenfalls, wie z. B. in Preußen, ohne solche; damit im wesentlichen übereinstimmend **RG.**, insbs. III 11. Juli 98 E. 31 237, das die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen eine Religionsgesellschaft ein „rechtliches Bestehen" beanspruchen könne; als die Grundlage für das in D. im allg. bestehende Recht der freien Bildung von Religionsgesellschaften komme das G. v. 3. Juli 1869 btr. Gleichberechtigg. der Konfessionen in Betracht, daneben aber die Partikulargesetzgebung; ferner: II 5. Okt. 00 G. 47 435, die Eigenschaft der „Heilsarmee" als einer in Preußen bestehenden Religionsgesellschaft bejahend (aM. Kohler Einführg. i. d. Rechtswissenschaft — 2. Aufl. — S. 182), IV 14. Mai 01 E. 34 264, ebenso btr. der „Gemeinde der evangel. Gemeinschaft". Handelt es sich dagegen um den Gottesdienst einer nicht in diesem S. im Staate bestehenden Religionsgesellschaft, so genießt er auch nicht den Schutz des § 167, sondern es kommen nur die allg. Vorschriften über Nötigung und Hausfriedensbr. zur Anwendung.

2a) Als „**Gottesdienst**" ist die Vereinigung von Mitgliedern einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft zur religiösen Erbauung durch Verehrung und Anbetung Gottes in dem dazu bestimmten Raum nach den Vorschriften und Gebräuchen und in den Formen ihrer Gemeinschaft zu verstehen; **RG.** IV 9. Juni 85 N. 7 363; vgl. auch I 19. Apr. 88 E. 17 316, die **Andacht** der Gemeinde gehöre zum Gottesdienste, da insbs. eine religiöse Erbauung ohne Andacht nicht denkbar sei; der nur äußerlich ungestörte Verlauf der gottesdienstl. Formen genüge zum Gottesdienste nicht (N. 4_2). Die Frage, ob im Einzelfall ein „Gottesdienst" anzunehmen sei, ist hiernach zwar auf Grund des Kirchenrechtes bzw. der Satzungen der btr. Religionsgesellschaft (Richter-Kahl Kirchenr. S. 904 ff.), im übrigen aber hinsichtlich des Ortes, des Zweckes und der Bestimmung der Vereinigung und der in ihr vorgenommenen Verrichtungen wesentlich tatsächlich zu entscheiden; so **RG.** IV 11. Nov. 92 G. 40 325 (die Abhaltung der Christenlehre — sog. Katechisation — sei nach dem Ritus

Digitized by Google

der kathol. Kirche Gottesdienst), ferner zit. RG. R. 7 363 (das Verlesen aus der Thora in der Synagoge nach Abhaltung eines Gebetes sei in der btr. jüdischen Gemeinde kein Gottesdienst, weil es nicht der Andacht, sondern dem Unterricht Erwachsener gedient habe, auch solche Unterrichtsstunden mit Gebet eingeleitet zu werden pflegten), während andererseits RG. III 7. Jan. 86 R. 8 18 in einem anderen Falle für hinreichend festgestellt erachtete, daß die hier in Frage stehende Thoraverlesung nach dem Ritus der btr. Gemeinde einen Bestandteil dieses ihres Gottesdienstes gebildet habe. Der Zustand des „Gottesdienstes" wird nicht schon an sich durch eine Ungehörigkeit einer einzelnen Person in dem zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte, auch nicht durch eine solche des Religionsdieners selbst, aufgehoben; RG. I 17. Jan. 84 E. 10 42. Privatandachten sind kein Gottesdienst.

b) Nach denselben Grundsätzen bestimmt sich der Begriff „einzelner gottesdienstlicher Verrichtungen"; diese sind nicht als die einzelnen Bestandteile des Gottesdienstes zu verstehen, weil ihre Erwähnung alsdann überflüssig sein würde; sondern als ein auf dem Ritus beruhender Akt der Religionsausübung, der neben dem eigentlichen Gottesdienste einem besonderen religiösen Bedürfnisse einzelner zu dienen sowie eine Gottesverehrung zu betätigen bestimmt ist; RG. IV 14. Apr. 91 G. 39 210, II 28. Juni 92 E. 23 199, sowie das R. 1 zit. IV E. 34 264, die von einem Prediger der btr. Gemeinde auf einem unter kirchl. Aufsicht stehenden Friedhofe vollzogenene Beerdigungsfeier sei eine gottesdienstl. V. auch dann, wenn die Leichenrede ohne Genehmigg. des zust. Kirchengeistlichen gehalten u. der Prediger dadurch gg. eine PolV. verstoßen; vgl. auch Kohler Studien 1186. Daß die Verrichtung sakramentalen Charakters sei, wie bei der Redaktion des PrStGB. § 136 angenommen wurde (Goltd. Mat. 2 269), ist danach nicht notwendig; RG. II 14. Juni 95 E. 27 296; so ist z. B. die dem bestehenden Ritus der evangel. Kirche entsprechende Bestattungszeremonie eine gottesdienstl. Verrichtung; RG. III 27. Nov. 82 R. 4 847, Berlin 5. Juli 76, 8. Jan. 78, St. 6 241, 8 123, Hälschner 2 714, Meves GS. 27 358, Oppenh.-D. R. 5; dsgl. nach dem Ritus der Diözese Ermland die Vereidigg. der Mitglieder des Kirchenrats; zit. RG. E. 23 199. Überhaupt ist das Vorliegen einer gottesdienstl. Verrichtung von einer aktiven Tätigkeit des dabei beteiligten Geistlichen nicht bedingt, deshalb auch nicht etwa nur auf diejenigen Zeitabschnitte beschränkt, in denen von diesem ein Akt eigener Tätigkeit vorgenommen wird; so RG. III 3. März 87 R. 9 169 u. auch schon I 17. Jan. 84 E. 10 42. Endlich verliert eine gottesdienstl. Hdlg. dadurch, daß sie von den beteiligten Privatpersonen nicht gewünscht wird, und dadurch, daß sie für diesen Fall oder sonst vom Kirchenregiment untersagt ist, nicht den Charakter einer gottesdienstl. Verrichtung; zit. RG. R. 4 847.

Die Frage, zu welchem Zeitpunkte der Beginn einer gottesdienstl. Verrichtung eintrete, ob also ein einzelner konkreter Akt schon Bestandteil derselben sei, ist als tatsächliche nach den, allgemeinen u. örtlichen, liturgischen Vorschriften und Einrichtungen der btr. Religionsgesellschaft zu beantworten; zit. RG. R. 9 169 (i. c. wurde der Beginn einer evangel. kirchl. Beerdigungsfeier angenommen mit dem Zeitpunkte, als der im Ornate befindliche Geistliche an den Sarg trat).

c) Daraus, daß der erstere der Mischtatbestände nur des „Gottesdienstes", der zweite dagegen außerdem noch „einzelner gottesdienstlicher Verrichtungen" gedenkt, ist zu folgern, daß „letztere aus dem Tatbestande des zuerst gedachten Falles auszuschließen" sind; so hinsichtlich des PrStGB. Goltd. aO. Die Hinderung jemandes an der Ausübung einer einzelnen gottesdienstl. Hdlg. ist daher, sofern nicht der Tatbestand der zweiten Alternative (R. 4) vorliegt, nur als Nötigg. (§ 240) strafbar.

3) Der erstere der beiden kumulativen Mischtatbestände (Wertheimer Mischgesetze S. 40) schützt den einzelnen („jemand") in der Ausübung des, an einen geschlossenen Raum nicht gebundenen (so v. Liszt S. 400 R. 8; aM. Frank R. 11, unter unzutreffender Berufung auf das § 166 R. 16b zit. RG. E. 28 303), Gottesdienstes (R. 2a), nicht auch „gottesdienstlicher Verrichtungen" (R. 2b, c), einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft (R. 1). Dabei bedeutet „Ausübung" sowohl die aktive als die passive Teilnahme und ist nicht etwa nur von der „Abhaltung" o. „Zelebrierung" des

Digitized by Google

Gottesdienstes durch den Geistlichen o. Religionsdiener zu verstehen; so Frank N. 12; aM. Kohler Studien 1 190, auch Binding Lb. 1 182, es handele sich um Hinderung des Gottesdienstes, nicht um Störung der Andacht.

Die „Hinderung" einer Person an der Ausübung des Gottesdienstes ist nicht identisch mit einer vollständigen „Verhinderung" (§ 46 N. 11b); demnach fällt schon eine Erschwerung der Ausübung unter den Begriff der Hinderung. So: Binding aO., H. Meyer S. 756, Schütze S. 347 N. 7, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 2, Meves GS. 27 361, Villnow GS. 31 583, Kohler aO. S. 191. AM.: Wahlberg HH. 3 269, v. Schwarze N. 5. Die Hinderung an der Ausübung des Gottesdienstes ist aber nur dann strafbar, wenn sie erfolgt „durch eine Tätlichkeit oder Drohung", bezüglich deren, da sie gleichwertig, eine alternative Feststllg. zulässig erscheint; Wertheimer aO.

a) Wegen „Tätlichkeit" vgl. § 94 N. 2. Wenn das StGB. im übrigen und namentl. in dem auf § 167 verweisenden § 339_3 die Verbindung „Gewalt o. Drohung" gebraucht, so berechtigt das nicht dazu, „Tätlichkeit" mit „Gewalt" gleichzustellen, im Gegenteil muß jene abweichende, auf dem Wortlaut des PrStGB. § 136 beruhende Ausdrucksweise zu der Annahme führen, daß „Tätlichkeit" etwas anderes als „Gewalt" bedeute, um so mehr, als John Rev. Entw. S. 82 N. 1 bereits auf diese Folge hingewiesen hatte. Demnach erscheint vielmehr die Fassung des § 339_3, soweit das Zitat des § 167 in Betracht kommt, als inkorrekt. So: Binding Lb. 1 182, Schütze S. 347 N. 7, Oppenh.-D. N. 1a, Rubo N. 2, Meves aO. S. 362, Villnow aO. S. 580. AM.: Hälschner 2 713, v. Liszt S. 400, Kohler Studien 1 188.

b) Wegen „Drohung" vgl. § 48 N. 11a; der dort vertretenen Ansicht sind ferner: Binding Lb. 1 182 (anders früher Normen 2 527), Hälschner 2 713, H. Meyer S. 756 N. 15, Oppenh.-D. N. 1a, Meves, Kohler aO.

4) Der zweite der Mischtatbestände (N. 3), dessen einzelne Alternativen (a u. b) gleichwertig sind (Wertheimer Mischgesetze S. 40), schützt die einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft (N. 1) angehörige Gesamtheit (die Gemeinde) in der Ausübung des Gottesdienstes sowie einzelner gottesdienstl Verrichtungen (N. 2); RG. I 17. Jan. 84 E. 10 42.

a) Die „Verhinderung oder Störung" des Gottesdienstes 2c. braucht dagegen im Einzelfalle nicht die ganze zum Gottesdienst versammelte Gemeinde zu treffen, namentl. den Geistlichen selbst nicht zu berühren, muß aber immerhin einen allgemeineren Charakter angenommen haben, da die Störung eines einzelnen nicht genügen würde; so die GM., insbs. RG. zit. E. 10 42, I 19. Apr. 88 E. 17 316, IV 14. Apr. 91 G. 39 210. Eine Störung der „Andacht der versammelten Gemeinde" ist in den letzteren Urteilen mit Recht als Störung des Gottesdienstes erachtet worden (N. 2a); denn eine äußere Unterbrechung wird nicht erfordert; Kohler Studien 1 196. Eine längere Dauer der Verhinderung (N. 3_2), wenn sie auch begrifflich eine mit Erfolg durchgeführte sein muß, wird nicht erfordert; RG. III 3. März 87 N. 9 169.

b) Die Verhinderung 2c. des Gottesdienstes fällt nur dann unter § 167, wenn sie geschieht durch „Erregung", d. h. vorsätzl. Verursachung (§ 360^{11} N. dβ), von „Lärm o. Unordnung"; in einem solchen Handeln liegt jedenfalls Unfug (§ 166 N. 18), jedoch ist nicht jeder Unfug zur Erfüllung des Tatbestandes ausreichend, da es mancherlei Unfug geben kann, der weder Lärm noch Unordnung erregt. Ob „Lärm" o. „Unordnung" (vgl. wg. beider Begriffe Kohler aO. S. 197 f.) erregt sei, ist wesentlich tatsächlich zu beurteilen (vgl. RG. III 6. Mai 82 N. 4 436). Speziell der „Lärm" braucht kein „ruhestörender" i. S. des § 360^{11} zu sein, bezeichnet vielmehr jedes lautschallende Geräusch, so daß darüber, ob das Spielen auf einem Instrument Lärm verursache, die Intensität der Töne u. die Qualität der Musik entscheidet, somit normale Schallempfindungen, nicht die Empfindlichkeit eines einzelnen; RG. I 7. März 04 E. 37 150. Von einer „Unordnung" aber kann nur gesprochen werden, wenn nach der Sachlage die äußere Ordnung des Gottesdienstes 2c. beeinträchtigt wird; RG. I 25. Feb. 04 E. 37 148.

c) Die Verhinderung 2c. des Gottesdienstes ist nur strafbar, wenn sie „in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte"

Digitized by Google

(§ 166 N. 16b, 17) geschieht; hieraus folgt, daß der Gottesdienst in einer Kirche ꝛc. abgehalten und daselbst verhindert ꝛc. werden, nicht aber, daß der Täter selbst „in der Kirche" sich befinden muß. So die GM., insbs. RG. III 23. Feb., I 8. Dez. 81, 7. März 04, E. 3 397, 5 258, 37 150, IV 27. Jan. 85 N. 7 55, Berlin 5. Juli 76, 8. Jan. 78, St. 6 241, 8 123.

5) Die objektive Widerrechtlichkeit der Hdlg. (T. I Abschn. 4 N. 1) ist auch bei diesem Delikte die allgemeine und selbstverständliche Voraussetzung; RG. I 8. Dez. 81, IV 5. Apr 87, E. 5 258, 16 15 (Feststllg. eines dem Angekl. zustehenden Rechtes zur Störung des Gottesdienstes), I 24. Nov. 90 E. 21 168 (Notwehrrecht eines durch die Predigt eines Geistlichen Beleidigten; s. jedoch § 53 N. 12₃), I 7. März 04 E. 37 150 (btr. Spielen auf einem Orchestrion in einer einer Kirche gegenüberliegenden Gastwirtschaft während des sonntägl. Gottesdienstes), Hälschner 2 716, v. Liszt S. 400, Kohler Studien 1 187.

Den ersteren Mischtatbestand speziell btr., so kann ein Recht bestehen, unter Umständen jemanden an der Ausübung des Gottesdienstes zu hindern; Hälschner 2 714, Kohler aO. S. 192 (jedoch auch 190). Eine solche Befugnis kann entfließen aus öffentlichrechtl. Verhältnissen (v. Schwarze N. 3), so z. B. für einen Beamten gegenüber einem Geistlichen, welcher, der bestehenden Kirchengesetzgbg. zuwider, strafbarerweise mit der Abhaltung eines Gottesdienstes sich befassen will, oder aus privatrechtl. Verhältnissen, so z. B. für den Vater gegenüber seinen unmündigen Kindern, welche, dem berechtigten Verbote zuwider, dennoch den Gottesdienst einer Religionsgesellschaft besuchen wollen, welcher der Vater selbst nicht angehört, oder für den Dienstherrn gegenüber den Dienstboten, wenn sie unter Vernachlässigung ihrer durch den Dienst übernommenen Pflichten den Gottesdienst besuchen wollen.

6) Hinsichtlich des Dolus kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Hinderung an der Ausübung des Gottesdienstes ebenso eine vorsätzliche sein muß, wie die Verhinderung oder Störung des Gottesdienstes (T. I Abschn. 4 N. 3). Das „vorsätzlich" des zweiten Mischtatbestandes, das weder im PrStGB. § 136 noch im Entw. I sich fand, bedingt eine ausdrückliche Feststellung der Vorsätzlichkeit in diesem Falle; vgl. § 59 N. 22.

Zum Vorsatz genügt das Bewußtsein von der Störung des Gottesdienstes, eine dahingehende Absicht braucht nicht vorzuliegen; RG. I 19. Apr. 88 E. 17 316, IV 11. Nov. 92 G. 40 325, sowie das N. 5 zit. I E. 37 150 (mit dem Glauben an das Recht zum Spielen des Instruments sei der Vorsatz nicht vereinbar).

7) Die Strafe ist Gefängnis v. 1 T.—3 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 168.

Wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt, ingleichen wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt, oder wer an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 137. Entw. I § 146, II § 166. StB. S. 641.

Vgl. § 367¹.

1) Der § 168 faßt drei kumulative Mischtatbestände (Wertheimer Mischgesetze S. 40) zusammen, die als Unfug gegenüber den Toten und ihren Gräbern sich darstellen.

Sog. Leichendiebstahl. N. 2—5.

2a) „Leiche", im § 367¹ mit „Leichnam" abwechselnd gebraucht, ist auch nach Grimms Wörterbuch mit diesem Ausdruck gleichbedeutend, nur daß „Leichnam" nicht beim Tiere gebraucht wird, während „Leiche" sowohl den toten Menschen- wie auch den toten Tierleib bezeichnet. Die Unterschiede, die Rubo N. 1 und Cramer Leichnam S. 20 aufstellen, erscheinen weder im Sprachgebrauche noch sonst begründet, während der bei Sachs (Deutsch-Französisches Lexikon) sich vorfindende Unterschied, wonach „Leiche" mehr das Materielle, „Leichnam" mehr die Person ins Auge fasse, nach der etymologischen Ableitung („Leiche"

Digitized by Google

aus dem got. leik = Fleisch; „Leichnam" aus dem altdeutschen lich (n) amo = Fleischhülle als Kleid der Seele; vgl. auch Cramer aO. N. 1) sowie nach dem eingangs bemerkten Sprachgebrauche nicht unberechtigt erscheint. Übereinstimmend Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 27 ff. u. E. Merkel Leichenraub (Diss.) S. 1.

b) Wie „Leiche" im § 367[1], so bezeichnet das Wort auch hier zweifellos nur einen „toten Menschenleib". Demnach ist als solche anzusehen selbstverständlich der tote Körper einer Mißgeburt (§ 211 N. 1_2), aber auch ein zwar totgeborenes, jedoch entwickeltes Kind; so: Frank N. 1, Rubo N. 1, Kohler Studien 1 205, u., trotz Anschlusses an Binding, E. Merkel aO. S. 4; aM.: Binding Lb. 1 184, v. Liszt S. 401, Cramer aO. S. 21, Crusen aO. S. 31; dagegen nicht ein bloßer Fötus; Berner S. 713, Frank aO., v. Schwarze N. 1, Cramer, Crusen, Kohler aO., E. Merkel aO. S. 5. Dem entspricht auch Berlin 9. Juni 71 O. 12 317 in der Annahme, das Beiseiteschaffen einer Leibesfrucht sei (aus § 367[1]) strafbar, wenn sie benj. Grad der Reife gehabt, der sie nach den allg. Bedingungen der Lebensfhgkt. zum Leben außerhalb der Mutter befähigt haben würde.

c) Der Begriff des „toten Menschenleibes" erfordert einen Zusammenhang zwischen den einzelnen Körperteilen; hat die Zeit oder ein anderer Umstand diesen Zusammenhang zerstört, so kann von einer Leiche nicht mehr gesprochen werden. Die Überbleibsel der Leiche sind nur Leichenteile, insbs. einzelne Knochen, Zähne, Haare. Hiernach wird man einerseits eine Mumie, bei welcher der Zusammenhang, wenn auch nur künstlich aufrechterhalten, noch besteht, immerhin als „Leiche" ansehen müssen; so auch v. Liszt S. 401 u. an sich Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 39; aM.: Binding Lb. 1 185, Villnow GS. 31 525, E. Merkel aO. S. 7 (trotz entgegengesetzter Gruppierung der Ansichten) u. Cramer aO. S. 20 N. 3, der „fleischliche Überreste" fordert. Andererseits sind die bei einer Feuerbestattung etwa übrigbleibenden menschlichen Überreste (die Asche) keine Leiche mehr; v. Liszt aO., Mittelstein G. 34 179, Crusen aO. S. 33, Kohler aO. S. 222, E. Merkel aO. S. 8.

d) Angesichts der Stellung des § 168 im Abschn. 11 erscheint die Annahme zutreffend, daß „Leiche" i. S. des § 168 einschränkend von einer nicht im Verkehr befindlichen Leiche zu verstehen ist; dadurch, daß eine Leiche in Verkehr gekommen ist (§ 242 N. 7), hat sie aufgehört, Gegenstand religiöser Achtung zu sein; so die GM; aM. Cramer Leichnam S. 59. Aber auch Mumien und ähnliche konservierte alte Leichen, selbst wenn sie nicht Gegenstände des Privatrechts geworden sind, gehören nicht hierher, falls sie nicht ausnahmsweise noch Gegenstände religiöser Achtung sind; Crusen aO. S. 39 (der das. N. 14 den Kommentar mißverständlich als anderer M. bezeichnet hat), Kohler aO. S. 220.

3) Die Leiche als solche — in ihrer Gesamtheit — ist Gegenstand des Schutzes des § 168, wobei es allerdings unerheblich ist, ob der Leiche einzelne Teile fehlen; Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 41, der freilich unbedingt das Vorhandensein von Kopf u Rumpf fordert, während Kohler Studien 1 218 schon bei Wegnahme des größeren Teiles des Körpers § 168 anwenden will. Bei Wegnahme einzelner „Teile einer Leiche" findet dagegen § 367[1] S. 2 Anwendung. Vgl. Anl. 3 z. d. Motiven: Erörterung strafrechtl. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin, S. XVIII.

4) Die Leiche muß „aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person" weggenommen sein.

a) Abweichend vom § 242 spricht § 168 ausdrücklich von der Wegnahme aus fremdem „Gewahrsam", was Rotering GS. 35 355 nicht unzutreffend dadurch erklärt, daß eine Leiche i. S. des § 168 nicht wie eine im Eigentum stehende Sache besessen würde, so daß bei jenem Ausdrucke mehr an „eine tatsächl. Obhut, ein Aufsichts- bzw. Bewachungsverhältnis" zu denken sei; ähnlich: Frank N. 1, Villnow GS. 31 584, Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 42 f., E. Merkel Leichenraub S 35; ferner Kohler Studien 1 211, faktische Darstellung des an dem Leichnam bestehenden familienrechtl. o. publizistischen Verhältnisses; aM. jedoch Hälschner 2 717 (s. u. c).

b) „Berechtigt" zum Gewahrsam in diesem S. können die verschiedensten Personen sein; so die nächsten zur Bestattung verpflichteten Angehörigen, die Verwaltung des Hospitals,

Digitized by Google

in dem die Person verstorben ist, unter Umständen die Polizeibehörde, wenn sie z. B. einen Leichnam im Untersuchungsinteresse in Gewahrsam nimmt (vgl. PersonenstdsG. § 60).

Speziell der Gewahrsam an einer bestatteten Leiche gebührt im allg. derjenigen juristischen Person, Sozietät bzw. demjenigen Privaten, dem das Eigentum an dem Begräbnisplatze als solchem (nicht an der einzelnen Grabstätte) zusteht, regelmäßig also der kirchlichen oder politischen Gemeinde, welcher der Friedhof gehört; RG. IV 28. Jan. 96 E. 28 139, Rüb.-St. N. 3, E. Merkel aO. S. 37. Eine Ausnahme erleidet dieses nur dann, wenn die Grabstätte von dem allgemeinen Begräbnisplatze durch bauliche Vorrichtungen so abgesondert ist, daß der Zutritt zu ihr Unbefugten tatsächlich verwehrt ist, wie z. B. bei einem verschlossenen Erbbegräbnisgewölbe; alsdann steht der Leichnam in dem Gewahrsam desjenigen, der über den Zutritt zu der Grabstätte verfügt. Hiernach würde unter allen Umständen der Verwalter des Friedhofes (Totengräber) an den daselbst bestatteten Leichen das in Rede stehende Verg. aus § 168 verüben können, da ihm selbst der Gewahrsam an den Leichen in keinem Falle zusteht (N. 5 b). So: Schütze S. 348 N. 9, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 2, Rüb.-St. N. 3, Meves GS. 27 368, Billnow GS. 31 584, Kohler aO. u. S. 217, E. Merkel aO. S. 38, im Resultate auch v. Liszt S. 401, Merkel S. 373, der Totengräber könne Täter des Verg. sein, sofern er die Leiche im Mitgewahrsam habe. AM.: Geyer 2 93, v. Schwarze N. 2, Crusen aO. S. 45, der Totengräber könne nur eines Amtsverg. sich schuldig machen. In dem erwähnten Ausnahmefalle würde dagegen der Inhaber der abgesonderten Grabstätte durch Wegnahme der in ihr befindlichen Leiche nicht aus § 168, sondern nur aus § 367[1] S. 1 sich strafbar machen.

Die Wegnahme aus dem Gewahrsam eines Unberechtigten, z. B. desjenigen, der selbst die Leiche unbefugt weg- bzw. an sich genommen hat, fällt nicht unter § 168; Cramer Leichnam S. 57, Crusen aO. S. 48, E. Merkel aO. S. 40.

c) Die unbef. Wegnahme einer Leiche, die in niemandes Gewahrsam sich befindet, wie z. B. der Leiche eines auf der Landstraße einsam Verstorbenen, fällt nicht unter § 168, sondern nur unter § 367[1] S. 1. So: Binding Lb. 1 186, v. Liszt S. 401, H. Meyer S. 759 N. 4, Rüb.-St. N. 3, Cramer aO., E. Merkel aO. S. 40; auch Crusen aO. S. 43 f., der jedoch § 367[1] nicht anwenden will, weil er S. 1 desselben übersieht. AM. Hälschner 2 717, daß es Leichen gebe, die in niemandes Gewahrsam seien, sei nicht anzunehmen; die zuvorige Bemächtigung des unerwartet Verstorbenen sei keine Voraussetzung der Erlangung des Gewahrsams.

5) Die Leiche muß „unbefugt" (§ 123 N. 14) „weggenommen" sein.

a) Wer mit Einwilligung der berechtigten Person wegnimmt, handelt nicht „unbefugt", also straflos; Binding Lb. 1 186, E. Merkel Leichenraub S. 45. Das Bewußtsein der mangelnden Befugnis gehört zum Dolus.

b) Der Begriff des „Wegnehmens" ist hier abweichend vom § 242 (vgl. das. N. 37 c über die Frage der Konkurrenz mit Diebst.) zu bestimmen, weil hier nicht die Absicht rechtswidriger Zueignung und folgeweise auch nicht die gleichzeitige Erwerbung des eigenen Gewahrsams gefordert wird; im übrigen aber wird „wegnehmen" gleichmäßig als jedwede Entziehung aus dem Gewahrsam eines anderen zu verstehen sein; so: Billnow GS. 31 584, E. Merkel aO. S. 43, und ähnlich Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 49; aM. Cramer Leichnam S. 58 N. 1, der wegnehmen lediglich i. S. örtl. Entfernung versteht. Eigener Gewahrsam schließt die Strafbarkeit aus.

Zerstörung 2c. und Beschimpfung eines Grabes. N. 6—8.

6a) „Grab" soll nach Berlin 15. Nov. 77 St. 8 124 (ebenso Oppenh.-D. N. 4) sein die „Stelle, an welcher die Leiche eines Verstorbenen zu dauernder Ruhe niedergelegt worden ist", während Binding Lb. 1 185, Hälschner 2 718, Billnow GS. 31 585 u. Cramer Leichnam S. 61 auch die einer Leiche vorübergehend zugewiesene Behausung ein Grab nennen. Beide Definitionen übersehen das Moment, daß die Stelle behufs Bewahrung des Andenkens äußerlich erkennbar gemacht sein muß; fehlt dieses Merkmal, so ist die Leiche nicht „begraben" (wg. des Gegensatzes zum „beerdigen" vgl. § 367[1] N. b α), sondern „verscharrt" oder „beiseite gebracht" (so: H. Meyer S. 759, Frank N. II, Crusen Rechtsgut d.

Digitized by Google

Pietät S. 57; aM.: Binding aO., Kohler Studien 1 216); schon deshalb wird die Stelle, die einer Leiche infolge besonderer Umstände vorübergehend angewiesen wird, nicht ein Grab genannt werden können. Im übrigen wird man mit dem Erfordernis sich begnügen müssen, daß die Niederlegung der Leiche zum Zwecke der Ruhe geschehe, wenn auch nicht gerade der dauernden Ruhe, man denke z. B. an eine zeitweilige Bestattung im Kriege Gefallener, deren Ruhestätte auch dann als „Grab" bezeichnet werden muß, wenn der Gedanke obwaltet, ihnen später eine andere Ruhestätte zu geben; geschah aber die Niederlegung von vornherein gleichsam nur zur vorläufigen Verwahrung, so wird die Stelle, z. B. die Leichenhalle, als Grab nicht bezeichnet werden können; so Crusen aO. S. 55, 58, auch RG. II 1. Juli 87 R. 9 399, wenn es Grab als die der Ruhe und dem Andenken des Verstorbenen dienende Stelle definiert. Es ist sonach wesentlich Tatfrage, ob die Stelle, wo eine Leiche niedergelegt ist, als Grab anzusehen ist o. nicht. Daß die Gruft, in der die Beisetzung erfolgte, noch offen ist, steht der Annahme nicht entgegen; RG. IV 28. Jan. 96 E. 28 139. Soweit übrigens die Leichenverbrennung eine zulässige Bestattungsart ist, muß unter gleichen Voraussetzungen als Grab auch angesehen werden die Stelle, wo die Verbrennungsprodukte niedergelegt sind, sei es in der Erde, sei es in freistehender Urne; so H. Meyer S. 759 N. 7 u. für den ersten Fall Kohler aO. S. 222; aM. de lege lata Crusen aO. S. 58.

b) Zum Grabe gehört alles, was mit der Ruhestätte selbst in einem festen, organischen oder künstlichen Zusammenhange steht; so: zit. RG. R. 9 399 (die Ruhestätte „mit allem, was dazu gehört"), Binding aO., Hälschner 2 718; aM. Kohler aO. S. 214, die den Leichnam umgebende immobiliare Hülle; dahin neigt auch Frank N. II. Im speziellen gehört deshalb dazu:

α. der in die Erde versenkte Sarg mit dem Toten; RG. III 12. März 85 E. 12 168 (erst durch die Bestattung des Toten werde der ausgegrabene Schacht zum „Grabe", weshalb der Sarg nebst Toten sogar den wesentlichsten Teil desselben ausmache);

β. der Grabhügel (Berlin 20. Sept. 76 O. 17 581) nebst seiner Einschließung durch Gitter o. Mauer, bzw. das Grabgewölbe, Erbbegräbnis; aM. btr. des Gitters Kohler aO.;

γ. die Blumenpflanzungen auf dem Grabe; zit. RG. R. 9 399, Hälschner aO., v. Liszt S. 401 (ebenso zu α u. β), H. Meyer S. 759, Crusen aO. S. 59 f.; bzgl. mit den Töpfen im Grabhügel eingegrabene Topfgewächse, während bloß lose auf denselben gestellte, bzgl. aufgelegte Kränze (so: zit. RG., v. Liszt u. Crusen; aM. Binding aO.) sowie eine lose stehende Ruhebank 2c. nicht Teile des Grabes sind; aM. btr. der Blumenpflanzungen die überwiegende M., insbs. Dresden 11. Sept. 74 St. 5 49, Oppenh.-D. N. 5, Meves GS. 27 371; vgl. auch RG. I 26. Okt. 82 E. 7 190, Abpflücken äußeren Blumenschmuckes von einem Grabe (i. c. Blätter von eingepflanztem Epheu) begreife, wenn er auch zu Geld veranschlagt werden könne, nicht ohne weiteres eine Beschädigung des Grabes selbst;

δ. an sich auch das Grabmal (vgl. jedoch N. 7₁); so: v. Liszt, Crusen aO.; aM.: v. Schwarze N. 5, Meves aO. S. 369, Kohler aO.

c) „Grab" i. S. des § 168 ist nur diejenige Ruhestätte eines Verstorbenen, die noch Gegenstand religiöser Achtung der Jetztzeit sein kann. Hat jede Beziehung der Grabstätte zur lebenden Generation aufgehört, wie z. B. bei den sog. Hünengräbern, so können Hdlgen, die gegen solche Grabstätten sich richten, unmöglich noch eine Beziehung auf die Religion haben; man wird deshalb annehmen müssen, daß selbige unter „Gräbern" i. S. des § 168 nicht verstanden werden. So die GM.

7) Mit Strafe bedroht ist zunächst die unbefugte Zerstörung (vgl. § 125 N. 3c sowie RG. IV 28. Jan. 96 E. 28 139, das Z. durch Herausnahme des Sarges aus einer noch offenen Gruft annahm) oder Beschädigung (§ 303) eines Grabes; diese Hdlgen fallen jedoch nicht unter § 168, sobald sie an einem „Grabmal" verübt werden, trotzdem dieses nur als ein Teil des Grabes selbst (N. 6bδ) anzusehen ist; vgl. deshalb § 304 N. 6a.

Die „Befugnis" (§ 123 N. 14) zur „Zerstörung o. Beschädigung" eines Grabes kann aus den verschiedensten Verhältnissen fließen; sie kann z. B. auf StPO. § 87₃ beruhen oder auf landesgesetzl. Vorschriften sich stützen, die nach einem gewissen Zeitablauf die

Digitized by Google

Wiederbenutzung verfallener Gräber gestatten; vgl. RG. III 12. März 85 E. 12 168 sowie das zit. E. 28 139; dagegen jedoch Kohler Studien I 221. Wer die Fürsorge für ein Grab übernommen hat, wird, wenn auch nicht zu seiner Zerstörung, so doch in gewissem Umfange zu seiner Beschädgg. befugt sein, indem er z. B. die eingepflanzten Rosenstöcke wird entfernen dürfen; Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 61, 64, Kohler aO. S. 215. Geschieht die Zerstörung ꝛc. mit Einwilligung des über das Grab Verfügungsberechtigten, so entfällt die Strafbarkeit (N. 5a).

Das Bewußtsein der mangelnden Befugnis gehört zum Dolus; vgl. Berlin 15. Mai 72 O. 13 310, btr. den Aberglauben, daß der Verstorbene ein Vampyr sei.

Ein weiteres wird aber nicht erfordert, namentl. nicht ein besonderer, auf Pietätsverlgg. gerichteter Vorsatz; RG. III 15. Feb. 92 G. 39 434. Es ist deshalb gleichgültig, wenn die beschädigende Hdlg. nicht gegen das Andenken des Toten, sondern gegen lebende Personen aus Zorn wider diese sich richtete, oder welche Motive ihr sonst zugrunde lagen. So: Berlin 15. Nov. 77 St. 8 124, Hälschner 2 719, Rüd.-St. N. 6, Cramer Leichnam S. 62, Kohler aO. S. 205, 218. AM. Dresden 11. Sept. 74 St. 5 49.

8) Mit Strafe bedroht ist endlich die „Verübung von beschimpfendem Unfug" (§ 166 N. 18) „an einem Grabe". Im Unterschiede von § 166 ist hier ein spezielles Objekt der Unfugsverübung angegeben; mit Rücksicht auf letzteres bedeutet deshalb Unf. i. S. dieser Alternative die gegen die in dem Grabe ruhende Leiche sich richtende Hdlg.; ähnlich Kohler Studien I 214; vgl. RG. II 1. Juli 87 N. 9 399 die Natur einer Hdlg. als beschimpfd. Unf. bestimme sich durch ihre äußere Erscheinung und ihren inneren Charakter; hier liege das Charakteristische in der Absicht, den Verstorbenen herabzuwürdigen und das Andenken desselben dadurch zu beschimpfen. Strafbar ist ein solcher Unfug aber nur, wenn er beschimpfenderweise an dem Grabe selbst (RG. II zit. N. 9 399 und 28. Nov. 90 E. 21 178), nicht auch dann, wenn er nur auf oder in unmittelbarer Nähe der Grabstelle verübt wird; so: v. Liszt S. 401, v. Schwarze N. 6; aM.: Binding Lb. I 187, Frank N. III, Oppenheim Verbrechensobj. S. 245, Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 68.

9) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16), neben der nach dem Schlußsatze i. V. mit § 32 auf VbER. erkannt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 [1], 27.

Zwölfter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf den Personenstand.

1) Die Frage, ob die Materie der Personenstandsdelikte i. S. des EG. § 2 durch Abschn. 12 für geregelt zu erachten, ist mit Binding Hb. I 322 zu verneinen, weil der Abschn. in der Tat nur zwei bestimmte Personenstandsdelikte enthält; andere derartige, namentl. insofern sie durch Unterlassung verübt werden, sind später im PersonenstdsG. v. 6. Feb. 1875 mit Strafe bedroht, wie sie früher bereits zum Teil durch landesgesetzl. Strafandrohungen getroffen wurden. Vgl. übrigens § 169 N. 2$_3$.

§. 169.

Wer ein Kind unterschiebt oder vorsätzlich verwechselt, oder wer auf andere Weise den Personenstand eines Anderen vorsätzlich verändert oder unterdrückt, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren und, wenn die Handlung in gewinnsüchtiger Absicht begangen wurde, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 138. Entw. I § 147, II § 167.

1) Personenstand — früher im Anschluß an den état civil des französischen Rechts (vgl. code civil artt. 34 ss) auch Zivilstand genannt — ist das familienrechtliche Ver-

Digitized by Google

hältnis einer lebenden Person zu anderen lebenden Personen (vgl. jedoch N. 3a), bewirkt somit für die btr. Personen einen dauernden Rechtszustand; RG. I 7. Feb. 84, 7. Dez. 85, E. 10 86, 13 129; vgl. jedoch Reis Personenstdsflschg. S. 36 ff., insbs. S. 46.

Begründet wird demnach der Personenstd. durch Geburt, Legitimation, Annahme an Kindes Statt, oder durch die Ehe; aufgehoben außer durch Tod auch durch Scheidung.

In D. erfolgt nach Maßgabe des PersonenstdsG. die Beurkundung des Personenstds. „durch die vom Staate bestellten Standesbeamten" (eine Übersicht über diese s. bei Reis aO. S. 73 N. 4) „mittels Eintragung in die dazu bestimmten Register"; insbs. wird beurkundet die Begründung des Personenstdes nach den Vorschriften der Abschn. 2 und 4 des Gesetzes (Beurkundung der Geburt u. der Eheschließung), woselbst die §§ 25, 26 speziell die Beurkundung und Anerkennung eines unehelichen Kindes sowie diejenige der Legitimation und der Annahme an Kindes Statt behandeln, die Aufhebung wesentlich nach Vorschrift des Abschn 5 (Beurkundung der Sterbefälle), jedoch auch des § 55.

2) Der § 169 bezweckt den Schutz eines bereits rechtlich begründeten (vgl. dagegen § 170 N. 1) Personenstdes. Bei der Bedeutung der Personenstdsverhältnisse für die Allgemeinheit kann nicht zweifelhaft sein, daß der Angriff bei der Personenstdsverletzung gegen ein Rechtsgut öffentlichrechtl. Natur sich richtet, daß somit die Einwilligung des „anderen", dessen Personenstd. das äußere Angriffsobjekt bildet, die Hdlg. nicht straflos machen kann; so: Binding Hb. 1 722, Hälschner 2 463, Merkel S. 345 u. HRl. „Personenstd.", Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 4, Reis Personenstdsflschg. S. 86, Hartmann GrünhutsZ. 27 764; aM.: v. Schwarze HH. 3 280, Keßler GS. 38 576 (dieser wesentlich wg. Straflosigkeit der Verletzung des eigenen Personenstdes; s. u. Abs. 2). Was den Charakter der Personenstdsvltzg. betrifft, so erachtet Reis aO. S. 58 auf Grund der geschichtlichen Entwickelung ihr ein Täuschungsmoment für wesentlich und qualifiziert das Delikt speziell als Personenstdsfälschung; dem wird man, obschon der Wortlaut des Gesetzes dies nicht gerade erfordert, sachlich trotzdem beizustimmen haben. Bildet aber der „Personenstand" das Angriffsobjekt, so erscheint doch die Konsequenz nicht notwendig, daß das Delikt auch in der speziellen Richtung des Angriffes ein völlig einheitliches sei; vgl. jedoch Reis aO. S. 57, es sei unzulässig, für die Personenstdsvltzg im allg. den Personenstd. als solchen, für die „Veränderung" seine Offenkundigkeit und für die „Unterdrückung" seine Verwirklichung als Angriffsgegenstand zu bezeichnen; durchweg sei vielmehr der Angriff auf die Verwirklichung des Personenstdes Zweck und Erfolg der Täuschung.

Aber nur der Schutz des Personenstdes „eines anderen" wird durch § 169 bezweckt, weshalb die Veränderung und Unterdrückung des eigenen Personenstdes, namentl. die sog. Anmaßung eines solchen, aus § 169 nicht strafbar ist, außer wenn die Hdlg. gleichzeitig die Veränderung ꝛc. des Personenstdes eines anderen enthält; anderenfalls kann die Hdlg. unter die §§ 263, 271 oder unter § 360 8 fallen. So die GM., insbs.: RG. IV 16. März 94 E. 25 188, Berlin 8. März 76 St. G 244.

Die Frage, ob die Landesgesetzgbg. berechtigt sei, diese Lücke auszufüllen, ist zu verneinen; denn wenn auch nicht anzunehmen ist, daß die Materie der Personenstdsdelikte überhaupt im Abschn. 12 (das. N. 1) Regelung gefunden habe, so hat doch § 169 gerade dadurch, daß er nur die Verletzung des Personenstdes eines anderen mit Strafe bedroht, zugleich die Straflosigkeit etwaiger den eigenen Personenstd. antastender Hdlgen ausgesprochen. So im Resultate: Hälschner 2 461 N. 3 (weil ein Landesges. nur eine Strafe würde anordnen können, die zu den Strafen des § 169 nicht im richtigen Verhältnisse stehen würde), Rüd.-St. N. 5, Reis aO. S. 87 N. 1 (die geschichtl. Entwickelung spreche gegen die Zulässigkeit). AM. Binding Hb. 1 322 wegen Nichtregelung der Materie.

3) Aus dem Begriffe des Personenstdes (N. 1) ergibt sich folgendes:

a) Existierte jemand als lebender Mensch nicht, sei es, daß es um eine Totgeburt oder daß es um eine fingierte Persönlichkeit sich handelt, so hat er überhaupt keinen Personenstd. und es kann folglich bezüglich seiner eine aus § 169 strafb. Hdlg. nicht begangen werden; so die GM. Dennoch aber kann, was anscheinend meist übersehen wird, ein totgeborenes Kind oder eine fingierte Persönlichkeit als Mittel zur Begehung einer Straftat

Digitized by Google

aus § 169 dienen, indem z. B. nach erfolgter Totgeburt die Bewirkung der Eintragung eines lebend geborenen Kindes in das Geburtsregister, statt eines totgeborenen in das Sterberegister (PersonenstdsG. § 23), den Personenstd. eines „anderen" verändern kann. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der „andere" z. Z. der Tat noch lebe; denn war er nur überhaupt lebend geboren, so war ein Personenstd. begründet, der auch noch nach dem Tode des Betreffenden Gegenstand eines Angriffs sein kann; so: RG. IV 16. März 94 E. 25 188, Berlin 8. März 76 St. 6 244, Binding Lb. 1 232, Hälschner 2 463, v. Liszt S. 389, Frank N. 1, v. Schwarze N. 5; aM.: Oppenh.-D. N. 4, Reis Personenstdsfischg. S. 49 N. 11. Übrigens geht Frank, in Übereinstimmung mit v. Liszt aO., noch weiter, indem er mit Rücksicht auf PersonenstdsG. § 23 auch dem totgeborenen Kinde einen Personenstd. zuspricht u. daher auch ein solches als mögliches Objekt des Verg. ansieht.

b) Die im § 169 bezeichneten Hdlgen müssen darauf abzielen, dem durch den Personenstd. eines anderen begründeten Rechtsverhältnisse dauernd entgegenzutreten; liegt dieses dem Handelnden fern, steht vielmehr lediglich ein Handeln in Frage, das nur für einen Einzelfall von Bedeutung ist, so ist es nicht „in Beziehung auf den Personenstd." begangen und findet § 169 somit keine Anwendung; so: RG. III 29. Nov. 83 N. 5 740 (der Vorsatz müsse auf einen Zustand von einer gewissen Dauer gerichtet sein), I 7. Feb. 84 E. 10 86 (es müsse darum sich handeln, einen dem Recht widerstreitenden Zustand zunächst dauernd herbeizuführen), Binding Lb. 1 234, Geyer 2 85, Hälschner 2 462, v. Liszt S. 389, Merkel S. 345, H. Meyer S. 615, Schütze S. 321, Oppenh.-D. N. 5, v. Schwarze N. 11; aM. Reis aO. S. 60, jenes Erfordernis sei im Gesetze weder für den subj. noch für den obj. Tatbestand aufgestellt; das praktische Bedürfnis, gewisse Fälle der Bestrafung aus § 169 zu entziehen, finde seine Erledigung durch den Fälschungsbegriff (N. 2); bewirkt werde der „Schein eines dauernden Verhältnisses", nicht der „dauernde Schein desselben".

4) Ein Personenstd. ist „verändert", wenn bewirkt wird, daß er dauernd (N. 3b), als ein anderer erscheint, wie er rechtlich ist; RG. III 17. Jan. 84 N. 6 38, I 7. Feb. 84, IV 27. Sept. 89, E. 10 86, 19 405; vgl. auch Reis Personenstdsfischg. S. 71 (der unter Hereinziehung des Täuschungsmoments „Veränderung" annimmt, „wenn durch rechtswidrige Herbeiführung relevanter Verkennung des Personenstds. die rechtmäßige Verwirklichung desselben gefährdet sei"). Im Gegensatz zur „Unterdrückung" (N. 5) muß deshalb hier die Tätigkeit von einem Erfolge getragen sein; so zit. RG. E. 10 86, es müsse wenigstens tatsächlich von der Allgemeinheit oder doch von solchen Personen, welche zur Ermittelung der Persönlichkeit des Betreffenden das Recht und die Pflicht haben (hiergegen jedoch Reis aO. S. 59, nur die Täuschung gegenüber den Organen des Staates sei wesentlich), ein fremder Familienstand als vorhanden angesehen werden, sowie mit der weiteren Ausführung, daß es deshalb, wenn das Delikt lediglich durch Täuschung mittels falscher Angaben über Abstammung u. Herkunft eines Kindes herbeigeführt werden solle, zwar nicht darauf ankomme, wie lange die Täuschung dauerte, daß aber die Täuschung geeignet sein müsse, einen Zustand herbeizuführen, der den Personenstd. den Beteiligten wie der Außenwelt gegenüber als verändert erscheinen lasse.

Die Veränderung (wg. alternativer Feststllg. mit Unterdrücken s. N. 7) des Personenstdes eines anderen kann speziell geschehen:

a. durch Anerkennung der Vaterschaft eines als unehel. geboren im Geburtsregister eingetragenen Kindes seitens des späteren Ehemannes der Mutter, der nicht der Vater war (BGB. § 1720$_2$), bzw. seitens eines Dritten, der mit der Mutter nicht geschlechtlich verkehrt hatte (PersonenstdsG. § 25); denn trotz BGB. § 1589$_2$ begründet die unehel. Vaterschaft einen Personenstd.; RG. I 10. Nov. 79, 11. Nov. 01, E. 1 9, 34 427;

b. durch Bewirkung der Eintragung eines unehel. Kindes:

α. in das Geburtsregister als ehelichen, jedoch unter richtiger Angabe der Eltern; so: RG. III 8. Mai, II 1. Okt. 80, IV 4. Jan. 87, R. 1 746, E. 2 303, R. 9 9, Dresden 31. Mai 72, Berlin 11. Feb., 8. März 76, St. 2 92, 6 243, 244; zwar als unehel., jedoch unter Bezeichnung der ebenfalls unehel. geb. Mutter nicht nach dem Geschlechtsnamen,

Digitized by Google

sondern nach dem des Ehemannes ihrer Mutter; zit. RG. E. 19 405 (btr. PrALR.; vgl. jedoch BGB. § 1706);

β. in das polizeil. Melderegister als ehelichen; RG. III 15. Feb. 04 G. 51 190;

c. durch Hinschaffung eines Kindes zu fremden Personen unter Verheimlichung seines Namens und der Person der Mutter; RG. IV 26. Jan. 92 G. 39 421;

d. durch Herbeiführung der Taufe des Kindes auf einen falschen Namen, nachdem zuvor schon der Personenstd. durch einen falschen Eintrag i. d. standesamtl. Geburtsregister verändert worden war (N. 12); RG. II 8. Nov. 92 E. 23 292.

5) „Unterdrücken" kommt im StGB. vor einmal in Beziehung gesetzt zu einem körperlichen Objekt (§§ 92[3], 274[1], 351, 354 f.), dann in übertragener Bedeutung auf unkörperliche Objekte bezogen (§§ 169, 263). Gleichmäßig wird aber der Ausdruck verstanden als „etwas Bestehendes der Kenntnis Dritter entziehen"; die anderweitigen Bedeutungen von Unterdrücken („ein Entstehen verhindern" u. „ein Entstandenes der Existenz berauben"; vgl. Reis Personenstdsflschg. S. 67) kommen für das StGB. nicht in Betracht. Ein gewisses Maß von Heimlichkeit wird begrifflich überhaupt nicht erfordert (vgl. jedoch § 263 N. 13); RG. II 29. Dez. 91 E. 22 283 (allg. u. speziell btr. § 274[1]); allerdings bildet sie nicht selten eine Anzeige für die „Unterdrückung" (vgl. RG. III 17. Jan. 84 N. 6 38); aM. Warneyer G. 41 15 (btr. § 274[1]).

Demnach ist der Personenstd. eines anderen „unterdrückt", wenn dessen Existenz dauernd (N. 3b) der Kenntnis Dritter entzogen wird, ohne daß der btr. Person gleichzeitig ein anderer Personenstd. beigelegt wird; so auch: RG. I 7. Feb. 84 E. 10 86, Geyer 2 85, Hälschner 2 462 u. Oppenh.-D. N. 10, nur daß bei diesen — sowie bei dem RG. N. 6 38 (Herbeiführung eines tatsächl. Zustandes, vermöge dessen verhindert oder erschwert werde, daß das wirklich vorhandene familienrechtl. Verhältnis einer Person zur praktischen Geltung gelange) — der Angriff gegen die praktische Verwirklichung in den Vordergrund tritt, während bei Rüd.-St. N. 3 u. v. Schwarze N. 7 (jede zur Täuschung über den wahren Personenstd. geeignete Hdlg.), namentl. aber bei Rubo N. 6 (die einem berechtigten Verlangen gegenüber widerrechtl. verweigerte Auskunft, welchen Personenstd. der Betreffende habe) — wie oben — der Angriff gegen die Offenkundigkeit des Personenstdes gerichtet erscheint; endlich bezeichnet Reis Personenstdsflschg. S. 68 einen Personenstd. als unterdrückt, wenn seine rechtmäßige Verwirklichung durch rechtswidrige Herbeiführung relevanter Nichtkenntnis desselben gefährdet erscheine. Hiernach können die Nichtanmeldung eines neugeborenen Kindes zum Standesregister u. dessen heimliche Verbringung ins Ausl. zwar Anzeigen für diese Alternative des § 169 sein, bilden aber nicht deren Tatbestand; zit. RG. N. 6 38.

6) Eine Unterdrückung ist von Berlin 14. Juni 76 St. 6 246 konkurrierend mit einer Veränderung in einem Falle, wobei ein uneheliches Kind als das einer fingierten Mutter angemeldet wurde, angenommen. Allein, da eine „Unterdrückung" nur dann als solche bezeichnet wird, wenn es bei ihr allein bewendet, während sie dann, wenn zur Unterdrückung des wahren noch die Beilegung eines fremden oder sonst im Rechte nicht begründeten hinzutritt, in eine „Veränderung" übergeht, so umfaßt die Veränderung schon für sich allein die Unterdrückung tatbestandlich mit, so daß eine Idealkonk. (§ 73) der beiden Handlungen nicht anzunehmen ist; so RG. I 7. Feb. 84 E. 10 86 (vgl. jedoch IV 16. März 94 E. 25 188); aM. Reis Personenstdsflschg. S. 83.

7) Für den Tatbestand des § 169, der ein einheitliches Delikt gg. den Personenstd. betrifft, so daß bezüglich der einzelnen Modalitäten eine alternative Feststllg. zulässig erscheint (so Wertheimer Mischgesetze S. 40 u. speziell btr. der Unterdrückung u. Veränderung Ostern Alternativität S. 154), ist an sich gleichgültig, in welcher Weise der Personenstd. eines anderen verändert o. unterdrückt wird; Hälschner 2 462, H. Meyer S. 615. Unter den möglichen Arten der Verübung hebt aber das Gesetz, wahrscheinlich infolge der rechtsgeschichtlichen Entwickelung des Delikts, an erster Stelle die „Unterschiebung oder Verwechselung eines Kindes" hervor, also einen Fall, bei dem die Straftat gegen den Personenstd. eines Kindes sich richtet. Festzuhalten ist, daß es, wie aus dem „auf andere Weise" folgt, lediglich um eine besondere Begehungsform des allg. Tatbe-

Digitized by Google

standes sich handelt (RG. I 19. Feb. 02 E. 36 137, III 16. Okt. 02 G. 50 107), jedoch nicht von beiden Alternativen, sondern nur vom „Verändern", denn eine bloße „Unterdrückung" des Personenstdes kommt weder beim Unterschieben noch beim Verwechseln eines Kindes in Frage; Rüd.-St. N. 1, Reis Personenstdsflschg. S. 55. Demnach findet auf den Sonderfall Anwendung, was über das Delikt im allg. (N. 1—3) sowie über die Alternative der Veränderung des Personenstdes im besonderen (N. 4) ausgeführt ist.

8) Der Ausdruck „Kind" (§ 361 [4] [9]) enthält nicht eine Andeutung auf das Abstammungsverhältnis, sondern auf das kindliche Alter; so die GM.

Streitig ist, in welchem Alter das „Kind" stehen dürfe, um Objekt der Unterschiebung o. Verwechselung sein zu können. Rubo N. 1, 2 unterscheidet zwischen beiden Fällen und nimmt an, daß die Unterschbg. begrifflich nur auf ein „neugeborenes Kind" sich beziehen könne; allein das Gesetz selbst unterscheidet nicht und es muß deshalb angenommen werden, daß dem Ausdruck in bezug auf beide Prädikate die gleiche Bedeutung zukommt; so auch Reis Personenstdsflschg. S. 77. Andere erläutern „Kind" durch infans — so: Schütze S. 321 N. 4, Rüd.-St. N. 1 u. Oppenh.-D. N. 1, damit wahrscheinlich auf die Altersgrenze der infantia hindeutend (bei letzterem jedoch zweifelhaft; s. u.). Wieder andere nehmen an, es müsse ein Kind sein, das wegen seines zarten Alters selbst über seine Abstammung bzw. die Tatsache der Verwechselung keine Auskunft geben könne, bzw. noch keine eigene Kenntnis über seine eigene Familienangehörigkt. besitze — so: Berner S. 446, v. Liszt S. 390, Merkel HRl. „Kindesunterschbg", H. Meyer S. 615, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2 (dieser für den Fall der „Verwechselung"; s. o.), auch Hälschner 2 464, dieser jedoch mit der Hinzufügung, daß das 12. Lebensjahr keinesfalls überschritten sein dürfe, weil eine solche Person i. S. des StGB. nicht mehr Kind sei. Doch sind alle diese Begrenzungen des kindlichen Alters willkürlich; Reis aO. Für das sonach im Einzelfalle eintretende richterl. Ermessen muß vielmehr maßgebend sein, ob der Betreffende bereits des erforderlichen Dolus fähig ist o. nicht; nur letzterenfalls kann jemand noch Gegenstand der Unterschbg. o. Verwechslg. und somit „Kind" i. S. des § 169 sein; anderenfalls ist er selbsthandelnd tätig, zwar nicht als „Mittäter", weil es um seinen eigenen Personenstd. sich handelt (N. 2_3), aber als, je nach Alter u. Umständen, strafloser o. strafbarer Gehilfe. So v. Schwarze N. 3 (vgl. jedoch auch N. 5a), auch Hälschner 2 464 (abgesehen von seiner Ansicht btr. der Personen über 12 Jahre).

9a) „Untergeschoben" ist ein Kind, wenn es erfolgreich als das leibliche Kind einer Frau hingestellt wird, die es nicht geboren hat; damit wesentlich übereinstimmend Reis Personenstdsflschg. S. 79.

b) „Verwechselt" ist ein Kind, wenn ihm erfolgreich ein Personenstd. zugewandt wird, dessen Subjekt ein anderes Kind ist; so wesentlich Reis aO. S. 80. Nicht notwendig ist, wie Schütze S. 321 annimmt, die Verwechselung eine „gegenseitige Unterschiebung"; so können auch Zwillingskinder „verwechselt" werden; so Hälschner 2 464 u. v. Schwarze HH. 3 281, namentl. aber Reis aO. S. 81 (unwesentlich sei, was mit dem „anderen" Kinde geschehe). Da die allgemeinen Merkmale des Vergehens (N. 7 i. V. mit N. 1) vorliegen müssen, so ist es keine „Verwechselung", wenn an die Stelle eines totgeborenen Kindes ein lebendes gesetzt wird o. umgekehrt; so Reis aO. N. 8; aM.: Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze aO.

10) Daß die aus § 169 strafb. Hdlg. eine vorsätzliche sein müsse, folgt teils aus der Bedeutung der Verba „unterschieben" und „unterdrücken" von selbst, teils aus der ausdrücklichen Hervorhebung des Gesetzes, die im Anschluß an PrStGB. § 138, deshalb erfolgt ist, weil die Verba „verwechseln" und „verändern" im gewöhnlichen Leben häufig von Hdlgen gebraucht werden, die gerade keine vorsätzlichen sind. Soweit die „Vorsätzlichkeit" im Gesetze hervorgehoben ist (was Reis Personenstdsflschg. S. 89 f. auch btr. des „Unterdrückens" annimmt), bedarf sie auch einer ausdrücklichen Feststellung (§ 59 N. 22).

Die Verfolgung eines besonderen Endzwecks oder auch nur die einer weiter gehenden Absicht gehört nicht zum Tatbestand; namentl. braucht die Hdlg. nicht auf die Benachteiligung eines anderen gerichtet zu sein; so die GM. Dagegen bildet das Motiv der

Digitized by Google

„gewinnsüchtigen Absicht" einen straferhöhenden Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 wie im Falle des § 133 (das. N. 8).

11) Durch Abs. 2 wird der Versuch (§ 43) für strafbar erklärt; vgl. das. N. 30.

Wegen eines auf der Grenze von Versuch u. Vollendung liegenden Falles vgl. RG. I 7. Feb. 84 E. 10 86.

Speziell die Kindesunterschiebung btr. ist zu vgl. über den Zeitpunkt der Vollendung: RG. I 19. Feb. 02 E. 36 137, über die Abgrenzung bloßer Vorbereitungshdlgen gegenüber Versuch: RG. III 16. Okt. 02 E. 50 170.

12) Das Verg. aus § 169 ist ein sog. Zustandsdelikt, insofern es einen fortdauernden rechtswidrigen Zustand erzeugt; so v. Liszt S. 389, während RG. IV 16. März 94 E. 25 188 dies nur für den Fall der „Veränderung" annehmen zu wollen scheint, weshalb für diesen Fall die Möglichkeit einer mehrmaligen Veränderung (§ 74) für ausgeschlossen erachtet wird, solange der Zustand fortbestehe, vermöge dessen das familienrechtl. Verhältnis des Kindes als ein anderes erscheine, wie es wirklich sei. Das Delikt kann durch eine einmalige oder durch eine fortgesetzte Hdlg. begangen werden, während es begrifflich weder ein Dauer-, noch ein fortgesetztes Delikt (§ 73 N. 5c, 6) ist. So: RG. III 29. Nov. 83 N. 5 740, II 8. Nov. 92, IV 1. Dez. 00, I 19. Feb. 02, E. 23 292, 34 24, 36 137, Merkel S. 345, Schütze S. 322 N. 6, Frank N. V, Oppenh.-D. N. 17, Rubo N. 9. AM. einerseits v. Schwarze N. 15 u. HH. 3 283, nach dem stets ein Dauerdelikt vorliegt, andererseits v. Liszt aO.; vgl. auch: Hälschner 2 465, H. Meyer S. 615, Reis Personenstdsflschg. S. 62, 94.

Wegen Idealkonk. (§ 73) mit einer Straftat aus §§ 221, 234, 235, 271 vgl. diese §§.

13a) Die Strafe des vollendeten Vergehens (d. h. des einfachen Deliktes) ist Gefängnis von 1 T.—3 J. (§ 16), die Hauptstrafe des vollendeten Verbrechens (d. h. des qualifizierten Deliktes) Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 auf VbER. erkannt werden kann.

b) Die Bestrafung des Versuchs (N. 10) erfolgt nach § 44, diejenige des versuchten Verbr. insbs. auch nach § 45.

14) Es verjährt die Strafverfolgung des Verg. nach § 67_3 in fünf, die des Verbr. nach § 67_1 in zehn Jahren.

Über den Beginn der Verjhrg. besteht Streit, der darin seinen Grund hat, daß über die Natur des Delikts Unklarheit herrscht; nach dem oben N. 12 Bemerkten ist eine Entscheidung nur für den einzelnen Fall zu treffen (Reis Personenstdsflschg. S. 97 f., insbs. N. 7), da der, der Regel des § 67_4 folgende, Beginn der Verjhrg. davon abhängt, ob die Hdlg. eine einzelne oder eine sich fortsetzende ist; das N. 12 zit. RG. E. 34 24.

15) Zuständig ist: wegen des Verg. (Satz 1) Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27;
wegen des Verbr. (Satz 2) SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 170.

Wer bei Eingehung einer Ehe dem anderen Theile ein gesetzliches Ehehinderniß arglistig verschweigt, oder wer den anderen Theil zur Eheschließung arglistig mittels einer solchen Täuschung verleitet, welche den Getäuschten berechtigt, die Gültigkeit der Ehe anzufechten, wird, wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des getäuschten Theils ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 168. StB. S. 641.

1) Während § 169 (das. N. 2) den Schutz eines bereits rechtlich begründeten Personenstdes bezweckt, sucht § 170 durch seine gegen die sog. Eheerschleichung (Schütze S. 322) gerichtete Strafandrohung Vorsorge zu treffen, daß nicht durch Eheschließung ein Personenstd. begründet werde, der von vornherein wegen eines verschwiegenen Ehehindernisses oder wegen eines ausgeführten Ehebetruges mittels Trennung der Ehe auflösbar ist; § 169 N. 1.

Digitized by Google

2) Subjekt des Verg. kann nur einer der beiden Ehegatten (aber auch ein jeder von ihnen) sein, wie daraus folgt, daß das einleitende „Wer" den Gegensatz zum „anderen Teile" der beiden Ehegatten bildet.

3) In beiden Fällen des § 170 muß der Täter den Abschluß der Ehe „arglistig" herbeigeführt haben; es muß also der auf Herbeiführung der Ehe gerichtete Vorsatz nicht nur ein auf das Überlisten (vgl. „List" in den §§ 234—236) des anderen Teiles gerichteter gewesen sein, sondern es muß mit ihm auch die Absicht verbunden gewesen sein, dem anderen Teile etwas in dessen Sinne „Arges" (Schlechtes) anzutun. Die Täuschung muß also nach Ansicht des Täuschenden gegen das Interesse des anderen Teiles erfolgt sein. Daher ist die Arglist ausgeschlossen, wenn der Täter den anderen z. B. deshalb täuschte, um ihn durch Aufklärung über das bestehende Ehehindernis nicht unglücklich zu machen. So: Frank N. II, Oppenh.-D. N. 3, auch Binding Normen 2 605 u. Lb. I 235, während die im Grundr. S. 115 gegebene Definition „Arglist sei Vorsatz mit Hinterlist" ungenügend ist, da sie der Arglist lediglich die „Hinterlist" substituiert. AM.: Hälschner 2 467 f., v. Liszt S. 390, H. Meyer S. 738, Schütze S. 322 N. 8, Arglist sei der im Täuschungsmittel ausgeprägte Vorsatz mit dem Bewußtsein, daß die Einwilligung des anderen bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes nicht erfolgen werde; die Absicht, den anderen zu schädigen, sei nicht erforderlich. Merkel HRl. „Personenstd." findet den Gegensatz zur Arglist in dem „bloßen Daraufankommenlassen, ob es der andere der Mühe wert finde, sich über die btr. Verhältnisse zu orientieren"; Rüd.-St. N. 2 fordert vorsätzl. Begehen mit dem Bewußtsein, einen rechtlich nicht haltbaren Zustand zu schaffen.

Hiernach ist ein Verschweigen (N. 4b) nicht schon deshalb arglistig, weil es auf eine gestellte Frage in der Form der Ableugnung erfolgt; aM. v. Schwarze N. 2 u. HH. 3 284.

4a) In dem ersten der beiden kumulativen Mischtatbestände (Wertheimer Mischgesetze S. 41) besteht die Hdlg. darin, daß der Täter „bei Eingehung einer Ehe dem anderen Teile ein gesetzliches Ehehindernis arglistig verschweigt". Die Ehehindernisse sind nunmehr durch BGB. §§ 1303—1315 bestimmt. Wie die GM. annimmt und auch bereits die Motive hervorheben, hat § 170 jedoch nur trennende Ehehindernisse im Auge; es ergibt sich dies aus dem Bedingungssatz „wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist"; denn die Auflösung der Ehe ist stets die Vorbedingung für eine Strafverfolgung aus § 170; folglich ist ein bloß aufschiebendes Ehehindernis ungenügend. Es kommen somit für § 170 nur die trennenden Ehehindernisse i. S. des BGB. Buch IV Abschn. 1 Tit. 3 in Betracht, als solche aber sowohl die mit der Wirkung der Nichtigkeit (§ 1323), als die nur durch Anfechtung geltend zu machenden (§ 1330); Frank N. II.

b) Ein „Verschweigen", das „arglistig" (N. 3) geschehen muß, ist dann anzunehmen, wenn der eine der Verlobten die trennenden Ehehindernisse, trotzdem sie ihm bekannt waren, dennoch dem anderen Teile vorenthielt; denn nach Lage der Sache bestand eine Pflicht zur Mitteilung; Hälschner 2 467. Die strafb. Hdlg. stellt sich sonach als ein Kommissivdelikt durch Unterlassung dar (§ 1 N. 3a); so Hälschner aO. u. Aldoffer Unterlassungsdel. S. 132, während Sturm Unterlassungsdel. S. 395 ein echtes Unterlassungsdel., Landsberg Kommissivdel. S. 201 aber ein aus einer Omission und Kommission gemischtes Delikt annimmt.

c) Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem arglistigen Verschweigen der Ehehindernisse u. der demnächstigen Eheschließung braucht nicht zu bestehen; v. Schwarze HH. 3 284.

5) In dem zweiten der Mischtatbestände (N. 4a), bei dem sog. Ehebetruge, besteht die Hdlg. darin, daß der Täter „den anderen Teil zur Eheschließung arglistig mittels einer solchen Täuschung verleitet, welche den Getäuschten berechtigt, die Gültigkeit der Ehe anzufechten". Daß die „Täuschung" durch den Täter selbst hervorgerufen sein müsse, verlangt das Gesetz nicht; es kann vielmehr auch ein bereits bei dem anderen Teile vorhandener Irrtum das Mittel der Verleitung bilden (§ 179 N. 4); es entspricht dieses der Analogie mit dem Betruge (über das Verhältnis zu diesem — § 263 — vgl. im übrigen RG. II 21. Mai 86 E. 14 137); so Binding Lb. I 235;

Digitized by Google

aM. anscheinend Merkel HRl. „Personenstd.". Inwiefern im Falle „arglistiger" (N. 3) Täuschung, die dieser Mischtatbestand verlangt, die Ehe angefochten werden kann, bestimmt BGB. § 1334.

6a) Das Gesetz stellt, abgesehen vom Strafantrage (N. 7), noch eine nicht als Erfolg der deliktischen Hdlg. anzusehende, sondern außerhalb des Tatbestandes liegende Bedingung auf; so die GM. Die Zulässigkeit der Strafverfolgung ist dadurch bedingt, „wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist". So: Binding Hb. 1 601 (eine zweite Bedingung des Strafrechts müsse stets z. B. des Delikts vorhanden sein), Hälschner 2 468 N. 2, Oppenh.-D. N. 5, v. Kries ZStrW. 5 12, v. Risch GS. 36 252 (die Aktionsfähigkeit des Strafanspruchs und hiermit dieser selbst sei an eine außerhalb des Tatbestandes liegende Bedingung geknüpft), Finger G. 50 51. AM.: v. Liszt S. 391, H. Meyer S. 297, v. Schwarze N. 3, Reber Antragsdel. S. 204, die eine Bedingung der Strafbarkeit annehmen, eine Ansicht, die Bennecke-B. S. 12 N. 15 als „praktisch bedenklich" bezeichnet. Es handelt sich deshalb, wie beim Strafantr. (§ 61 N. 60 f.), um eine prozessuale Vorfrage, nicht um einen Teil der Straffrage; Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 9.

b) „Aufgelöst" ist, wie im PrStGB. § 139_1, an sich in der allg. Bedeutung gebraucht, umfaßt aber in Wahrheit doch nur den Fall der Nichtigkeitserklärung; denn wenn eine Ehe „aus dem Grunde" eines vorliegenden Ehehindernisses oder eines zur Anfechtung berechtigenden Ehebetruges aufgelöst wird, so geschieht das nach der jetzt im § 171 in Anlehnung an das BGB. (§§ 1323, 1330, 1343) angenommenen Ausdrucksweise (§ 171 N. 3a β) in der Form der Nichtigkeitserklärung; eine Auflösung der Ehe durch Scheidung bleibt tatsächlich außer Betracht. So: Binding Hb. 1 601 N. 6, Hälschner 2 468, Oppenh.-D. N. 5. AM.: Schütze S. 323 N. 8, Rubo N. 1 u. v. Schwarze N. 3, die Fälle einer Ehescheidung seien mit gemeint.

c) Unbedingt festzuhalten ist an dem Kausalzusammenhange zwischen dem Verschweigen des Ehehindernisses bzw. dem verübten Ehebetruge einerseits und der Auflösung der Ehe andererseits; denn nur in dem Falle ist durch die letztere die erforderliche Bedingung gegeben, wenn sie „aus einem dieser Gründe" erfolgte; Schütze S. 323 N. 8, Oppenh.-D. N. 5, v. Schwarze GS. 24 68.

d) Das Urteil des Zivilgerichtes ist für die Beurtlg. des Straffalles unmaßgeblich; denn dem Strafgericht steht nach StPO. § 261 die Entscheidung über alle zur Beurteilung eines Straffalles erheblichen zivilrechtl. Fragen zu. So: Hälschner 2 468, Oppenh.-D. N. 8. AM. v. Schwarze N. 3.

7a) Nach Absatz 2 tritt die Verfolgung „nur auf Antrag des getäuschten Teils ein". Das Wort „nur" hat die Streitfrage veranlaßt, ob in der Tat lediglich der getäuschte Teil den Antrag stellen dürfe oder ob die allg. Vorschrift des $§ 65_2$ auch hier zur Anwendung komme. Da man im letzteren Falle das „nur" dahin deuten kann, daß dadurch bestimmt werde, wer als „Verletzter" (§ 61 N. 10 ff.) anzusehen sei, wobei der Sinn der Bestimmung dahin gehen würde, daß außer dem getäuschten Teile selbst nicht auch diejenigen, die etwa eine Einwilligung in die Eheschließung gegeben hatten, als Verletzte anzusehen seien, so wird man dieser Auffassung den Vorzug geben müssen, da sie zu einem befriedigenden Resultat führt. Im Falle der Nichtanwendbarkeit des $§ 65_2$ würde das Verg. der Eheerschleichung, das am leichtesten gegen jugendliche Personen verübt werden kann, häufig gerade da straflos bleiben müssen, wo die höchste Strafwürdigkeit vorliegt, und zwar lediglich deshalb, weil das Gesetz niemanden als antragsberechtigt hingestellt hätte; Hälschner 2 469, v. Liszt S. 391 N. 3, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 6 u. HH. 3 285, Reber Antragsdel. S. 365, Nessel Antragsber. S. 18.

b) Darüber, daß die Antragsfrist erst mit dem Tage der Kenntnis von der Rechtskraft des Zivilurteils beginnt, sowie daß der Antrag vorher rechtswirksam nicht gestellt werden darf, vgl. § 172 N. 9d.

8) Die Strafe ist Gefängnis v. 3 Mt.—5 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_2$ in fünf Jahren. Die Verjhrg. beginnt nicht schon mit dem Tage der Eheschließung, sondern nach Maßgabe des $§ 69_1$ (das.

Digitized by Google

N. 1a, b) wegen des den Beginn der Strafverfolgung hindernden Ruhens der Verjährung (§ 69 N. 6 1a) tatsächlich erst nach Auflösung der Ehe (§ 67 N. 10b).

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Dreizehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit.

1) Abschn. 13 regelt i. S. des EG. § 2 die Materie der V. u. V. wider die Sittlichkeit; so: RG. I 7. Mai 00 E. 33 273, Berlin KG. 12. Dez. 00 Jahrb. 21 C 47, u. selbst Binding Hb. 1 321, obgleich er Normen 1 352 f. den Vorwurf erhebt, daß durch die Abschnittsüberschrift „Güter ganz verschiedener Art zu einem Scheingut der Sittlichkeit zusammengefaßt würden". Allein alle §§ des Abschn. — § 171 (das. N. 5) wenigstens tatsächlich der Regel nach — beziehen sich auf das Geschlechtsleben; die Überschrift versteht somit die Sittlichkeit i. e. S. als die Bewahrung derjenigen Grundsätze, die nach der positiven Entwickelung innerhalb des D. Volkes bezüglich der geschlechtlichen Verhältnisse gelten; vgl. Villnow GS 30 108 („Wohlgezogenheit in Beziehung auf die Lust, welche der Geschlechtstrieb gewährt") sowie Hälschner 2 220 („die Sittlichkt. sei i. S. der Züchtigkeit zu nehmen"), ferner v. Liszt S. 364 („geschlechtl. Sittlichkt. als Einhaltung der durch die jeweilige Sitte dem geschlechtl. Verkehr gezogenen Schranken"). Deshalb konnte dem Abschn. mag man diese Sittlichkt. i. e. S. als ein Rechtsgut ansehen oder nicht (letzterer Ansicht Binding u. v. Liszt aO.), jedenfalls mit Recht die Überschrift „V. u. V. wider die Sittlichkeit" gegeben werden; aM. Schütze S. 323 N. 9, der Gesichtspunkt der Sittlichkt. bei der Doppelehe sei unzutreffend, beim Ehebruche untergeordnet.

2) Wegen Regelung der Materie (N. 1) ist die Kriminalisierung des Konkubinats durch die Landesgesetzgbg. für unzulässig zu erachten, wenigstens aus dem Gesichtspunkte eines Verstoßes gg. die Sittlichkeit (anders aus dem gg. die öffentl. Ordnung; vgl. das N. 1 zit. Berlin KG. Jahrb. 21 C 47); so: Binding Lb. 1 196, v. Liszt S. 367, H. Meyer S. 740, v. Wächter S. 507, Frank EG. § 2 N. III 4; auch Seuffert vLEuropStrafr. S. 101 neigt dahin; aM.: das N. 1 zit. RG. E. 33 273, jedenfalls soweit es sich, wie beim Bad. PolStGB. § 72, um landesgesetzl. Übertretungsstr. gegen wilde Ehen handle, die als Verstöße gg. die öffentl. Rechtsordnung bedroht seien (s. o.), Jena 18. Feb. 90 ThürBl. 37 365 u. Rüd.-St. N. 1, sofern eine Übertretungsstr. angedroht werde, ferner speziell btr. Gültigkeit das BayerG. v. 20. März 1882, wonach das zu öffentl. Ärgernis Anlaß gebende Konkubinat mit einer Übertretungsstr. bedroht wird, die Bayer-Praxis sowie Harburger StrW. 4 501 ff., der ausführt, das StGB., welches nach seiner Entstehungsgeschichte zum Konkubinat weder in tolerierendem noch in prohibitivem Sinne Stellung genommen habe, habe in Abschn. 13 nur Verletzungen der Sittlichkeit, nicht bloße Gefährdungen, um die es beim Konkubinat sich handele, treffen wollen.

§. 171.

Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, ingleichen eine unverheirathete Person, welche mit einem Ehegatten, wissend, daß er verheirathet ist, eine Ehe eingeht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage, an welchem eine der beiden Ehen aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.

PrStGB § 129 Abs. 1, 3. Entw. I § 148, II § 169.

Entwürfe d. EGBGB.: I (fehlt), Bundesratsvorl. Art. 8 V, RTvorl. Art. 33 V.

Vgl. BGB. § 1565.

Digitized by Google

1) Durch Art. 34 v EGBGB. wurden in den Abss. 1 u. 3 die frühere Fassung „aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist" durch die jetzige ersetzt; ebenso schon die Entwürfe des EGBGB. nach der Bundesratsvorl. Art. 8 v und der RTvorl. Art. 33 v, während Entw. I eine solche Abänderung noch nicht vorsah. Angelehnt ist die jetzige Fassung des § 171 an BGB. § 1309, der im Abs. 1 S. 1 die durch das Strafgesetz geschützte Norm enthält: „Niemand darf eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe für aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist". Gestattet ist dagegen in S. 2 aO. die als Mittel zur Beseitigung von Zweifeln über die Formgültigkeit der stattgehabten Eheschließung dienende Wiederholung der Eheschließung ohne vorgängige Nichtigkeitserklärung.

2) Der Tatbestand des Verbr. der Doppelehe (so im Entw. I genannt) erfordert das gegenseitige Zusammenwirken zweier Personen verschiedenen Geschlechts als Eheschließender und enthält deshalb einen Fall der sog. notwendigen Teiln. (T. I Abschn. 3 N. 11). Daß aber beide Eheschließenden auch Mittäter an dem Verbr. sein müßten, folgt daraus noch nicht, vielmehr kann der Fall eintreten, daß einer der beiden ohne den erforderlichen Dolus (N. 7) handelt und folglich nur einer der Eheschließenden des Verbr. der Doppelehe sich schuldig macht; Schütze Notw. Teiln. S. 318, 321, 357, 361; auch Hälschner 2 476, der aber eben deshalb (S. 481 N. 4) das Vorliegen von notw. Teiln. leugnet.

Die Lage der beiden zusammenwirkenden Personen kann eine gleichartige sein; das ist der Fall bei der beiderseitigen Doppelehe, wenn jeder Teil vor Eingehung der neuen Ehe bereits in einer Ehe lebte. Verschieden ist dagegen die Lage der beiden Personen, wenn vor Schließung der Doppelehe nur ein Teil in der Ehe lebte (binubus), der andere aber unverheiratet war. In Rücksicht auf diese letztere Möglichkeit stellt das Gesetz einen kumulativen Mischtatbestand auf; Wertheimer Mischgesetze S. 41.

3a) Der erstere der beiden Mischtatbestände betrifft die Schließung einer Doppelehe seitens eines „Ehegatten" (§ 52 N. 22). Dadurch wird gleichzeitig der Fall der beiderseitigen Doppelehe (N. 2) gedeckt, ohne daß das Gesetz — wie meist behauptet wird — eine Lücke oder wenigstens eine Inkorrektheit aufweist; vgl. übrigens b.

Vorausgesetzt wird eine formell bestehende Ehe (N. 4), mag sie auch anfechtbar o. gar materiell nichtig (nichtige Ehe, matrimonium nullum) sein (Binding Lb. 1 224, Hälschner 2 475, v. Liszt S. 392, H. Meyer S. 737, Rüd.-St. N. 1), dagegen genügt eine Ehe, die wegen Nichtbeobachtung der im § 1317 BGB. vorgeschriebenen Form ohne weiteres nichtig ist (Nichtehe, matrimonium non existens) nicht, falls nicht die Voraussetzungen des Abs. 2 des § 1324 BGB. vorliegen (ebenso Binding Lb. 1 225 N. 2) oder auch nur die Eintragung der Ehe ins Heiratsregister stattgefunden hat, weil auch in diesem Falle die gemäß § 1324 vorliegende Nichtigkeit nach § 1329 S. 2 nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann (insoweit aM. Binding aO.).

α) Eine Ehe ist „aufgelöst", wenn sie dem Bande nach getrennt ist, was stattfindet mit dem Tode eines der Ehegatten oder mit dem nach ZPO. § 705 sich ergebenden Eintritt der Rechtskraft eines auf Ehescheidung lautenden Urteils (BGB. § 1564), während die bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft i. S. des § 1575 BGB. einer „Auflösung" der Ehe nicht gleichsteht; anders dagegen, falls die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nachträglich gemäß § 1576 aO. in eine Ehescheidung umgewandelt wird; vgl. Dernburg D. Familienr. S. 50, 99, andererseits jedoch Behler ArchBürgR. 25 31, 53, der die Möglichkeit der Bestrafung wg. Doppelehe bei aufgehobener ehel. Gemeinsch. verneint. Wird ein Verschollener für tot erklärt (BGB. § 13), so bewirkt die Todeserklärung, obschon sie im übrigen wie der natürliche Tod wirkt, nicht die Auflösung der Ehe des für tot erklärten Gatten, vielmehr wird die frühere Ehe — u. zwar dauernd, auch für den Fall der Aufhebung der Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage (BGB. § 1348_2) — erst mit Schließung der neuen Ehe aufgelöst, vorausgesetzt übrigens, daß letztere nicht nichtig ist, insbs. also, daß nicht Nichtigkeit der neuen Ehe wg. Bösgläubigkeit beider (neuen) Ehegatten gemäß Abs. 1 des § 1348 BGB. vorliegt. Wegen einer hiermit zusammenhängenden Streitfrage s. N. 4aβ.

β) Ein Ehe kann „für nichtig erklärt" werden auf Grund der Nichtigkeitsklage

Digitized by Google

(BGB. § 1329) oder auf Grund der Anfechtungsklage (BGB. §§ 1341, 1343). Der Nachdruck liegt auf dem Worte „erklärt" ist, da — wie bemerkt — selbst das Vorliegen einer materiellen Nichtigkeit (nicht bloß Anfechtbarkeit) der ersten Ehe den Tatbestand der Doppelehe nicht ausschließt, während dieses wohl der Fall ist bei der sog. formellen Nichtigkeit i. S. des § 1324 BGB., die einer Nichtigkeits-Erklärung nicht bedarf.

b) Der letztere der beiden Mischtatbestände betrifft die Schließung einer Doppelehe seitens einer „unverheirateten Person", d. h., wie durch Beweis aus dem Gegensatz nach dem unter a Bemerkten sich ergibt, einer Person, die nicht in einer, wenn auch nur formell bestehenden, Ehe lebt. Übrigens würde, angesichts des § 59_3, dieser Mischtatbestand auch dann Platz greifen müssen, wenn bei einer objektiv vorliegenden beiderseitigen Doppelehe (oben a Abs. 1) der eine der beiden von neuem sich verheiratenden Ehegatten der irrtümlichen Überzeugung war, daß eine frühere Ehe nicht mehr bestehe.

4a) Bei beiden Mischtatbeständen besteht die strafbare Handlung selbst in der „Eingehung einer Ehe", die für den „Ehegatten" mit Rücksicht auf seine noch bestehende Ehe eine „neue", für die „unverheiratete Person" eine solche „mit einem Ehegatten" ist.

α) Die unter Verletzung der Norm des § 1309 BGB. eingegangene Ehe ist nach § 1326 BGB. nur nichtig, „wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte"; deshalb ist die zweite Ehe, trotz ihrer Eingehung unter Verletzung des § 1309 BGB., ihrerseits von Anfang an gültig, falls die alte nichtig ist, auch dann, wenn die Nichtigkeitserklärung der alten Ehe zur Zeit der Eingehung der neuen Ehe noch nicht erfolgt, ja selbst dann, wenn die Nichtigkeit der alten Ehe nur auf Anfechtbarkeit beruht und die Anfechtung erst nach Eingehung der neuen Ehe erfolgt. Das Strafgesetz, das nach der Fassung des Abs. 3 („eine der beiden Ehen") die Möglichkeit der Gültigkeit der zweiten Ehe selbst in Betracht zieht, findet auch in diesem Falle, in dem die Nichtigkeitserklärung der alten Ehe nur ein aufschiebendes Ehehindernis bildet, Anwendung, so gut, wie wenn die zweite Ehe nichtig ist. Das Strafbare ist der Mißbrauch der Eheschließungsform. Es folgt daraus, daß, da die Schließung der neuen Ehe erst nach der Nichtigkeitserklärung der früheren statthaft ist, die Neuordnung der Nichtigkeitsgründe im BGB. die Strafbestimmung des § 171 nicht beeinflußt hat; Lobe Einfluß S. 44.

β) Das Gesagte gilt auch bei der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (BGB. B. IV Abschn. 1 Tit. 4). Nach § 1348 aO. ist die neue Ehe, die ein Ehegatte eingeht, nachdem der andere für tot erklärt worden ist, nicht deshalb nichtig, weil der für tot erklärte Ehegatte noch lebt; Nichtigkeit der neuen Ehe liegt vielmehr unter jener Voraussetzung nur vor, wenn beide Ehegatten bei der Eheschließung wissen, daß der für tot erklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat. Hiernach ist die neue Ehe insbs. auch dann gültig, wenn einer der beiden Ehegatten in der bezeichneten Richtung schlechtgläubig war. Trotzdem ist dieser schlechtgläubige Ehegatte wegen Übertretung der Norm des § 1309 BGB. aus § 171 strafbar; denn jene verbietet die Eingehung einer neuer Ehe, bevor die frühere „aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist", während im besprochenen Falle des § 1348 die früheren Ehe erst mit der Schließung der neuen Ehe aufgelöst wird. Auflösung der früheren und Schließung der neuen Ehe fallen daher zusammen, während die Norm des § 1309 Eingehung der neuen Ehe erst nach vorheriger Auflösung der früheren gestattet; Binding Lb. 1 226, Francke DJZ. 2 382, Erler PosJMSchr. 1 37.

b) Unerläßlich ist, daß die neue Ehe, wie die frühere (N. 3a), in einer formell gültigen Weise eingegangen sei. Eine formell ohne weiteres nichtige Ehe genügt zur Erfüllung des Tatbestandes nicht.

α) Die Form einer im Inlande geschlossenen Ehe bestimmt sich, nachdem das PersonenstdsG. durch V. v. 25. Nov. 99 in Helgoland eingeführt worden, für den ganzen Umfang des Reichs nach EGBGB. Art. 13_3 ausschließlich nach den Deutschen Gesetzen. Nach PersonenstdsG. § 41 sind für die Eheschließung die Vorschriften des BGB. maßgebend, soweit nicht für die Mitglieder der landesherrl. und der ihnen gleichgestellten Familien nach Art. 57 EGBGB. i. V. mit dem nicht aufgehobenen § 72 PersonenstdsG. abweichende

Digitized by Google

Bestimmungen landesgesetzlich getroffen sind. Die wesentlichen Formvorschriften sind allein enthalten im § 1317 BGB., wonach die Ehe dadurch geschlossen wird, daß die Verlobten vor einem zur Entgegennahme der Erklärung bereiten Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit — sowie bedingungslos u. ohne Zeitbefristung — erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Wird diese Form nicht beobachtet, so liegt eine ohne weiteres nichtige Ehe vor, die für den Tatbestand der Doppelehe, mag es um die frühere o. um die spätere Ehe sich handeln, nicht ins Gewicht fallen kann, es sei denn, daß die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden ist (N. 3a Abs. 2); denn im letzteren Falle ist die Ehe nicht ohne weiteres nichtig, weshalb durch eine solche ins Register eingetragene Ehe der Tatbestand der Doppelehe erfüllt werden kann; aM. Binding Lb. 1 225 N. 2 u. anscheinend auch Erler aO. S. 38. Über die Schließung der Ehen von Stummen, Tauben, Taubstummen u. Personen, die der Deutschen Sprache nicht mächtig sind, finden sich reichsgesetzl. Bestimmungen nicht; sie können daher in der im § 1317 BGB. bezeichneten Form eine Ehe eingehen, falls sie mit dem anderen Verlobten u. dem Standesbeamten sich verständigen können. Die Mittel der Verständigung sind jetzt sowenig eingeschränkt, als sie es nach dem — aufgehobenen — § 52 PersonenstdsG. waren, insbs. war die Zuziehung eines Dolmetschers nicht verlangt; vgl. RG. II 20. Jan. 99 E. 31 439 (btr. den zit. § 52). Soweit landesgesetzl. Verfahrensvorschriften (PersonenstdsG. § 83) für die Verhandlungen derartiger Personen mit dem Standesbeamten bestehen, sind sie zwar unberührt geblieben, aber ihre Nichtbeachtung macht die Ehe nicht nichtig, da lediglich BGB. § 1317 die wesentlichen Förmlichkeiten vorschreibt.

Auch für die Mitglieder der landesherrlichen u. der ihnen nach EGBGB. Art. 57 sowie G. btr. die Rechtsstellung des H. Holsteinischen Fürstenhauses v. 25. März 1904 gleichgestellten Familien ist durch PersonenstdsG. § 72, Schließung der Ehe vor einem Standesbeamten vorgeschrieben; dessen Ernennung hat jedoch durch Anordnung des Landesherrn zu erfolgen. Eine Abweichung von der Formvorschrift des BGB. § 1317 ist nach Abs. 2 das zit. § 72 nur insofern gestattet, als die Observanz in betreff der Stellvertretung der Verlobten entscheidet.

β) Die Form der von Bundesangehörigen im Auslande geschlossenen Ehe ist nach dem — durch das PersonenstdsG. nach § 85 unberührt gebliebenen — G. v. 4. Mai 70 in der ihm durch Art. 40 EGBGB. gegebenen Fassung in den §§ 7 ff. ganz entsprechend dem BGB. geordnet; s. jedoch δ.

γ) Für Ehen Deutscher Militärpersonen, die ihr Standquartier nach eingetretener Mobilmachung verlassen haben, kommt die auf Grund des § 71 PersonenstdsG. erlassene V. v. 20. Jan. 1879, insbs. § 8 btr. die Übertragung der Verrichtungen der Standesbeamten, in Betracht.

δ) Soweit nicht das G. bzw. die V. zu β u. γ Platz greifen, gilt hinsichtlich der Form der im Auslande geschlossenen Ehen gemäß EGBGB. Art. 11 der Grundsatz „locus regit actum".

c) Wenn auch nach dem heutigen D. Eheschließungsrecht die Verlobten selbst es sind, die durch ihre Erklärung die Ehe schließen, so daß der Ausspruch des Standesbeamten lediglich die Bedeutung einer amtlichen Beglaubigung hat, so hat der Beamte doch nicht nur passive Beihilfe zu leisten, vielmehr ist seine Mitwirkung, da sie in einer Entgegennahme der Erklärung des Eheschließungswillens der Verlobten besteht, eine aktive. Daraus folgt, daß er, wenn er mit Dolus handelt, sich strafbar macht, jedoch nicht als Gehilfe zu dem Verbr. aus § 171; er verfällt vielmehr der selbständigen Strafandrohung des § 338.

5) Nicht erforderlich für den Tatbestand ist, daß die beiden die Doppelehe eingehenden Personen auch ehelich miteinander leben; deshalb ist mit dem Vergehen des Ehebruchs Realkonk. (§ 74) denkbar; § 172 N. 2 aE. Das Verbr. ist vielmehr mit Vollziehung der Eheschließungsform nicht nur vollendet, sondern auch zum völligen Abschluß gelangt; es ist daher, wenn auch ein sog. Zustandsverbr., so doch kein Dauerdelikt (§ 73 N. 5c). So: Hälschner 2 478 u. GS. 22 450 ff., v. Liszt S. 393, H. Meyer S. 738, Schütze S. 329, 330 N. 24, Wahlberg HRl. „Bigamie", Frank N. VI, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 6.

Digitized by Google

Die entgegenstehende Ansicht, daß das Verbr. ein fortdauerndes sei, vertreten Geyer 1 199, v. Wächter S. 478 u. v. Lippelskirch G. 20 175 sowie ferner einerseits Berlin 25. Jan. 77 St. 7 67 u. Villnow GS. 30 119 f., 125 (solange die mehreren Ehen beständen), andererseits Ortmann GS. 26 78 N. * (bis zur letzten bigam. Beischlafsvollziehung).

Die eben berührte Streitfrage ist besonders da von Wichtigkeit, wo die Zeit und der Ort der Begehung des Verbr. für die Bestrafung Bedeutung hat. Deshalb kann z. B. gemäß § 4 [3] ein Deutscher, der in der Türkei in Polygamie lebt, selbst nach seiner Rückkehr ins Inland nicht bestraft werden; Binding Hb. 1 435.

6) Als *Subjekt des Verbr.* bezeichnet das Gesetz ganz allgemein „einen Ehegatten" (N. 3a) oder „eine unverheiratete Person" (N. 3b), ohne zu unterscheiden, ob der Täter ein Inländer oder Ausländer sei, und weiterhin, ob in dem Heimatlande des Ausländers die Monogamie bestehe oder nicht. Unter der Herrschaft des RStGB. findet die Idee der Monogamie unbedingte Anerkennung (vgl. jedoch N. 5); deshalb wird ein in seiner Heimat in Polygamie lebender Muselmann — vorausgesetzt, daß ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nach Maßgabe der hier geltenden Eheform beiwohnt (§ 59 N. 30) — straffällig, wenn er in D. neben seinen bestehenden Ehen eine neue Ehe eingeht. So: Hälschner 2 477, H. Meyer S. 737, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2. AM. Villnow GS. 30 124.

7) Was den *Dolus* anbetrifft, so hat das Gesetz, an das PrStGB. § 139 sich anschließend, im zweiten Falle des Mischtatbestandes die Worte „*wissend, daß er verheiratet ist*" aufgenommen, während bei dem ersteren der Mischtatbestände eine ähnliche Hervorhebung unterblieben ist. Diese Verschiedenartigkeit in der Redaktion hat ihren Grund in der tatsächlichen Verschiedenheit der Lage des verehelichten Teiles und der unverheirateten Person. Jener, dem der Abschluß einer eigenen früheren Ehe notwendig bekannt ist, kann nur auf Grund bestimmter neuer Tatsachen zu der Überzeugung gelangen, daß seine Ehe aufgelöst sei; der „unverheirateten Person" muß dagegen zunächst nachgewiesen werden, daß sie die Verheiratung des anderen Teiles gewußt habe; ist dieser Nachweis geführt, so ist die Sachlage dieselbe wie bei dem verehelichten Teile. Diesen tatsächlichen Verhältnissen trägt die Redaktion des § 171 Rechnung; keineswegs haben die allg. Grundsätze über Bestrafung vorsätzlicher u. fahrlässiger Hdlgen abgeändert werden sollen. So kann nach der ganzen Redaktionsweise des StGB. (T. I Abschn. 4 N. 4), abgesehen davon, daß es fahrlässige *Verbrechen* überhaupt nicht kennt, mit Recht nicht in Zweifel gezogen werden, daß das Verbr. der Doppelehe stets — also namentl. auch im ersteren Falle des Mischtatbestandes — *Vorsatz* erfordere. Andererseits ist nicht weniger sicher, daß wie bei den meisten vorsätzl. Delikten so auch bei der Doppelehe stets — also auch im letzteren Falle des Mischtatbestandes — Eventualdolus genüge (§ 59 N. 6). So im wesentlichen: RG. I 31. März 81 E. 4 38, Berner S. 450, Binding Lb. 1 227, Hälschner 2 477 f. u. GS. 22 445 ff., H. Meyer S. 737, Rüd.-St. N. 3, 5, v. Schwarze N. 2 u. HH. 3 292, Villnow GS. 30 122; vgl. auch John Rev. Entw. S. 84 N. 2 u. H. Meyer Kritik S. 53, andererseits jedoch Schütze S. 329 N. 23 btr. des verehelichten Teils (im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte u. Fassung des § 171) sowie die Motive zum Entw. I.

Die *Strafbarkeit* ist deshalb nach dem N. 3a u. 4 Bemerkten *ausgeschlossen* nicht bloß durch die Überzeugung von der *formellen* Nichtigkeit der ersten o. zweiten Ehe (so jedoch Hälschner 2 477 u. Villnow aO. S. 123), sondern auch durch die irrtümliche Überzeugung des Ehegatten, seine Ehe sei bereits „aufgelöst o. für nichtig erklärt worden", gerade so gut wie die Strafbarkeit der „unverheirateten Person", die nicht wußte, daß der andere Teil verheiratet sei. Andererseits aber *sind strafbar*, trotz ihres auf Eingehung einer gültigen Ehe gerichteten Wunsches, sowohl der Ehegatte als auch die unverheiratete Person, die zweifelnd, ob die frühere Ehe noch bestehe bzw. ob der andere Teil gleichfalls verheiratet sei, dennoch auf die Gefahr hin, gegen die Rechtsnorm der Monogamie zu verstoßen, die Doppelehe eingehen; RG. zit. E. 4 38, III 15. Okt. 83 E. 9 84, Binding aO.

Die verschiedene Redaktion der Mischtatbestände hat übrigens die *prozessuale* Folge, daß die „Wissentlichkeit" im zweiten Falle stets, in ersterem Falle nur bei angeregtem Zweifel festgestellt werden muß (§ 59 N. 22).

Digitized by Google

8) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. der Doppelehe ist denkbar. Er liegt vor, wenn — die Absicht der Eheschließung vorausgesetzt — mit dem Akte der Eheschließung selbst der Anfang gemacht ist; denn nach N. 4 u. 5 besteht die „Ausführung" des Verbr. in der Vollziehung der Eheschließungsform; RG. III 15. Okt. 83 E. 9 84, v. Liszt S. 393, H. Meyer S. 738, Schütze S. 329, Oppenh.-D. N. 7. Mit diesen ist daher folgerichtig das Vorliegen eines Versuchs (worüber Hälschner 2 478 u. v. Schwarze N. 8 je nach der Sachlage entscheiden wollen) zu verneinen:

a. bei einem Verlöbnisse trotz bestehender Ehe;

b. bei Bewirkung des Aufgebots, das seiner Natur nach (vgl. auch BGB. § 1316) lediglich eine die Eheschließung vorbereitende Hdlg. ist (Dresden 30. Juli 75, Berlin 6. Okt. 76, St. 6 247, 7 66, Cohn Versuch 1 639);

c. beim Angehen des Standesbeamten um Vornahme des Aktes der Eheschließung nach bewirktem Aufgebote; denn auch dieses ist nur vorbereitend, da es nur dazu dient, die Voraussetzung zu sichern (vgl. BGB. § 1316 Abs. 1 S. 2), daß der Standesbeamte zur Entgegennahme der Erklärungen der Verlobten bereit sei.

9a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—5 J. (§ 14_2). Die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängnis von 6 Mt.—2 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 8) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

10) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Die Vorschrift des Absatz 3 über den Beginn der Verjhrg. steht mit § 69 in keinerlei Zusammenhang; so v. Liszt S. 393, Rüd.-St. N. 8; vgl. auch Heinze HH. 2 614 N. 5; aM. Rubo § 69 N. 3. Der aus dem PrStGB. § 139 herübergenommene Abs. 3 beruht vielmehr auf der irrtümlichen (N. 5) Ansicht, daß die Doppelehe ein Dauerverbr. sei; RG. IV 8. Feb. 87 E. 15 261; vgl. auch Goltd. Mat. 1 436 u. Beseler PrStGB. S. 308. Demgemäß sieht die GM., insbs. Berlin 25. Jan. 77 O. 18 75, in der Bestimmung, daß die Verjhrg. erst beginne „mit dem Tage (vgl. § 67 N. 8), an welchem eine der beiden Ehen (nach dem N. 3aα Bemerkten „rechtskräftig"; so auch zit. RG. E. 15 261) aufgelöst o. für nichtig erklärt worden ist", mit Recht nur eine Ausnahme des Prinzips des $§ 67_4$ (das. N. 12).

11) Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73^1.

§. 172.

Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 140. Entw. I § 149, II § 170.

1) Der von der Bestrafung des Ehebruchs handelnde § 172 definiert den „Ehebruch" selbst nicht, sowenig wie BGB. § 1565, setzt vielmehr diesen Deliktsbegriff mit Recht als feststehend voraus; allgemein versteht man darunter den zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, von denen wenigstens eine verheiratet ist, stattfindenden Beischlaf (§ 173 N. 1); RG. I 6. Nov. 82, III 7. Juni 86, E. 7 298, 14 202, auch die auf das Gebiet des PrALR. bezüglichen: RG. II 8. Okt. 86, IV 13. Juni 90, E. 14 352, 21 21. Jeder anderartige geschlechtliche Verkehr mit Personen des anderen oder desselben Geschlechts ist nicht als Ehebruch zu betrachten; v. Liszt S. 394, Frank N. 1.

Die Frage, ob die vorherige Einwilligung in den Ehebruch die Schuld aufhebe, hat zwar infolge der Vorschrift des Abs. 2 des BGB. § 1565, wonach das Recht des Ehegatten auf Scheidung ausgeschlossen ist, wenn er dem Ehebruch zustimmt, praktisch erheblich an Bedeutung verloren; aber nicht ganz, denn, auch trotz erfolgter Scheidung, würde dem des Ehebruchs Angeklagten an sich nicht verwehrt werden können, im Strafverfahren

Digitized by Google

auf die Zustimmung des anderen Teiles sich zu berufen. Für die Beantwortung der Frage ist entscheidend, was durch das Verbot des Ehebruches geschützt werden soll. Es erscheint nun der Ehebruch nicht als ein Angriff gegen die staatliche Einrichtung der Ehe, sondern vielmehr als die materielle Verletzung des Rechtes des Ehegatten auf eheliche Treue, wie namentl. daraus erhellt, daß der Ehebruch nur gestraft werden kann, einmal, wenn seinetwegen zuvor die Ehe geschieden (N. 6 ff.), dann wenn der Strafantrag gestellt (N. 9) ist; sowohl die Anstellung der Scheidungsklage als auch die Antragstellung hängt aber vom Belieben des verletzten Ehegatten ab. Demnach muß die Einwilligung des letzteren die Strafbarkeit des Ehebruchs ausschließen, eine Auffassung, die übrigens durch die Bestimmung des BGB. über die Wirkung der „Zustimmung" jedenfalls eine Verstärkung erfahren hat. So: Binding Hb. I 715 u. Lb. I 220 f., v. Liszt S. 395, Merkel S. 357, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 7, 14, Keßler GS. 38 571, v. Kries ZStrW. 7 532, Mainzer Die Ehe (Diss.), Würzburg 1894, S. 25, Hartmann Grünhuts Z. 27 765, ferner in der Fassung, Verkuppelung der Ehefrau schließe den Strafantrag des Ehemannes aus (s. N. 9c), v. Schwarze N. 8a u. HH. 3 300. AM.: RG. III 7. Juni 86 E. 14 202, II 21. Juni 89, 10. Okt. 93, G. 37 292, 41 386, H. Meyer S. 736, Rubo N. 6, Rüd.-St. N. 8, Finger JBl. 16 536, Köhler Strafantrag S. 49, jedenfalls auch Hälschner 2 473; vgl. übrigens u. N. 9a.

2) In hohem Grade bestritten ist, von welcher Beschaffenheit die Ehe sein müsse, die durch einen Ehebruch verletzt werden kann. Beim Ehebruch wird nur die materielle, nicht die formelle Verletzung der Ehe bestraft; eine materielle Verletzung einer nichtigen, also bloß formell, nicht aber materiell bestehenden Ehe (§ 171 N. 3a) erscheint jedoch als ein logischer Widerspruch; zu diesem prinzipiellen Grunde tritt hinzu, daß als Voraussetzung der Strafverfolgung die Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs (N. 6) hingestellt ist, eine solche aber bei einer nichtigen Ehe nur insofern denkbar ist, als der Nichtigkeitsgrund unbekannt geblieben; anderenfalls muß eine Nichtigkeitserklärung i. S. des § 171 eintreten. Es ist deshalb anzunehmen, daß eine nichtige Ehe durch einen Ehebruch nicht verletzt werden könne. So: Berner S. 453, Binding Lb. I 220, Geyer 2 89, v. Liszt S. 394, Hälschner 2 470 u. GS. 22 441, Frank N. I, Villnow GS. 30 121. AM.: RG. I 12. Apr. 86 N. 8 277 (Ehebr. sei nur da ausgeschlossen, wo es um eine formell nichtige Ehe sich handele; vgl. wg. des heutigen Rechts § 171 N. 3b), Wahlberg HRl. „Ehebr.", H. Meyer S. 735, Schütze S. 325, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 2. Dennoch kann, wie schon hervorgehoben, auch bei einer nichtigen Ehe, wenn der Nichtigkeitsgrund nicht zur Kenntnis des Gerichts kommt, Scheidung stattfinden u. für einen solchen Fall muß dem Angeklagten im Strafverfahren der Einwand der Nichtigkeit der Ehe gewahrt bleiben.

Anders liegt dagegen die Frage hinsichtlich der nur anfechtbaren Ehe; denn diese besteht auch materiell, sobald der Anfechtungsberechtigte die Anfechtung unterläßt (BGB. § 1339); hier kann also, auch bei Kenntnis des Anfechtungsgrundes seitens des Gerichtes, Scheidung wegen Ehebruchs, unter Ausschluß einer späteren Anfechtung gemäß BGB. § 1338, erfolgen; solche Ehen können daher auch durch einen Ehebruch verletzt werden. So die GM., insbs. zit. RG. N. 8 277 (btr. eine mit Verletzung des in Geltung verbliebenen BayerG. v. 16. Apr. 1868 Art. 33 geschlossene Ehe).

Hiernach setzt der Ehebruch eine Ehe voraus, die weder materiell nichtig ist, noch zufolge Anfechtung für nichtig erklärt, noch aufgelöst worden ist. Nach dem wegen des letzteren Begriffs zum § 171 N. 3aα Bemerkten ist bei bloßer Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach BGB. § 1575, der, wie der Schlußsatz des § 1576 Abs. 1 ergibt, die Wirkung der Auflösung des Ehebandes nicht zukommt (vgl. aber N. 8$_4$), Ehebruch möglich; so Th. Olshausen ArchBürgR. 23 159; vgl. auch Friedberg Kirchenr. 5. Aufl. S. 476 f. u. Sartorius PersonenstdsG. S. 260; aM. Binding Lb. I 220, Frank N. I, beide unter Berufung auf Seckel Aufhebung u. Wiederherstllg. der ehel. Gemeinschaft, insbs. S. 352, 373, der auf BGB. § 1586 S. 1 Halbs. 1 i. V. mit § 1564 S. 3 sich bezieht. Ein gleiches gilt für die Zwischenzeit nach Fällung des die Auflösung der Ehe o. auf Anfechtung deren Nichtigkeit aussprechenden gerichtlichen Urteils bis zu dessen Rechtskraft.

Es knüpfen sich hieran zwei Fragen:

Digitized by Google

a) Inwiefern kann im Falle der Eingehung einer Doppelehe durch Beischlafsvollziehung in der später geschlossenen Ehe Ehebruch gegenüber dem erstern Gatten begangen werden? Die Frage ist unter der Voraussetzung des Dolus für den Fall, daß die frühere Ehe gültig war, die zweite sonach nichtig ist (BGB. § 1326), nach obigem zu bejahen. War jedoch die erste Ehe ungültig, so wird zu unterscheiden sein, ob — materielle — Nichtigkeit o. bloße Anfechtbarkeit vorlag; ersterenfalls kann nach der o. vertretenen Ansicht die frühere Ehe, da sie überhaupt nur formell bestand, trotz des Vorliegens des Verg. der Doppelehe, dennoch durch einen Ehebruch nicht verletzt werden, wohl aber im zweiten Falle, wenn die Nichtigkeit durch Anfechtungsklage geltend zu machen ist.

b) Bei Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung können, vorausgesetzt, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, die beiden neuen Ehegatten unbedingt dann Ehebruch begehen, wenn sie beide bei der Eheschließung gewußt haben, daß der für tot erklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat; denn dann ist nach BGB. § 1348 Abs. 1 die neue Ehe nichtig u. die frühere Ehe wird — nach dem einschränkend zu verstehenden Abs. 2 das. — mit der Schließung der neuen Ehe nicht aufgelöst. Nur wenn die frühere Ehe — materiell — nichtig sein sollte, würde ein Ehebruch nach der oben vertretenen Ansicht nicht möglich sein. Liegt dagegen Schlechtgläubigkeit beider Ehegatten bei Schließung der neuen Ehe nicht vor, so kann auch in dieser in Rücksicht auf die frühere Ehe ein Ehebruch nicht begangen werden, weil eben dann mit der Schließung der neuen Ehe die frühere aufgelöst wird.

Soweit in den Fällen zu a u. b das Verbrechen der Doppelehe vorliegt (§ 171 N. 4a α u. β) findet, wenn nach Maßgabe der oben gemachten Ausführungen das Vergehen des Ehebruchs vorliegt, Realkonk. (§ 74) der §§ 171, 172 statt, nicht etwa bloße Gesetzeskonkurrenz, da das Verbrechen der Doppelehe die Beischlafsvollziehung begrifflich nicht voraussetzt (§ 171 N. 5); aM. Binding Lb. I 228 (der Beischl. gehe als fast ausnahmslose Begleiterscheinung im Ehebr. auf).

3) Häufig (vgl. Schütze S. 324 u. Notw. Teiln. S. 346, 356) wird die Ansicht vertreten, daß der Ehebruch eine sog. notwendige Teilnahme (E. I Abschn. 3 N. 11) erfordere. Allein diese Ansicht ist nach obiger Definition des Ehebruchs (N. 1) nicht richtig; die Mitwirkung zweier Personen, i. S. einer aktiven Teilnahme, findet zwar in der Regel, aber nicht notwendig statt; es kann vielmehr der eine Teil auf eine lediglich passive Teilnahme beschränkt sein; Hälschner 2 471, v. Liszt S. 394, Freudenthal Notw. Teiln. S. 46, auch H. Meyer S. 185 f., der aber dennoch notw. Teiln. annimmt. So liegt, wenn ein Ehemann an einer Frauensperson Notzucht verübt, Ehebruch vor, trotzdem von einer „Mitwirkung" der genotzüchtigten, in einen bewußtlosen Zustand versetzten Frauensperson nicht gesprochen werden kann, da die letztere bei Verübung des Ehebruches dem Ehemanne, als alleinigem Täter, lediglich als Objekt gedient hat (vgl. § 177 N. 7a). Auch wenn ein unverheirateter Mann in dieser Weise gegen eine Ehefrau sich vergeht, liegt Ehebruch vor, er ist aber deshalb nicht strafbar (vgl. N. 7_3).

4) Sind beim Ehebruche, wie meist (N. 3), zwei Personen aktiv beteiligt, so ist deren Lage, wie bei der Doppelehe (§ 171 N. 2), entweder eine gleichartige, nämlich im Falle des sog. Doppel-Ehebruchs, oder eine verschiedenartige. Das Gesetz würde diese letztere Möglichkeit, wie im Falle des § 171, durch Aufstellung zweier Mischtatbestände haben zum Ausdruck bringen müssen, wenn es überhaupt den Begriff „Ehebruch" aufgelöst hätte. Da solches nicht geschehen ist, so hat das Gesetz die Möglichkeit der verschiedenartigen Lage der beiden Teilnehmer des Ehebruchs durch die Worte „an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen" bezeichnet. Eine weitergehende Bedeutung kommt dieser Wendung nicht zu, namentl. darf aus ihr nicht gefolgert werden, daß das Gesetz beim Ehebruche notwendig zwei Personen als „schuldige" Mittäter voraussetze (Oppenh.-D. N. 5); das würde selbst dann nicht zutreffen, wenn es um einen Fall der notw. Teiln. sich handelte, geschweige denn hier, wo eine solche nicht einmal statthaben muß (N. 3). Insbs. kann, indem wegen des Dolus wesentlich das zu § 171 N. 7 Bemerkte Anwendung findet (Schütze S. 326 N. 15), auf seiten des nichtverheirateten Teiles eine „Schuld" infolge Nichtwissens

Digitized by Google

der Verheiratung des anderen Teiles fehlen; denkbar ist aber auch das umgekehrte Verhältnis, daß nämlich der unverheiratete Teil mit Dolus handelt, der Ehegatte dagegen ohne solchen; so z. B., wenn letzterer der irrtümlichen Ansicht war, seine Ehe sei rechtskräftig geschieden, der andere Teil aber das Gegenteil wußte.

Ein strafb. Ehebruch ist übrigens im Falle des § 52, also namentl. bei Notzucht (§ 177) an einer verheirateten Frauensperson, für letztere ausgeschlossen; darüber, daß auch unter Umständen die Bestrafung des Notzüchtigenden wg. Ehebruchs nicht stattfinden kann, s. N. 7.

5) Wiederholte Fälle des Ehebruchs unter denselben Personen werden häufig als ein fortgesetztes Vergehen des Ehebruchs (§ 73 N. 6 f.) anzusehen sein; so insbs., wenn ein völliges Zusammenleben der Ehebrecher eintritt, in welchem Falle der bestehende geistige und tatsächliche Zusammenhang der einzelnen Fälle des Ehebruchs sie in ihrer Gesamtheit zu einem einzigen Vergehen gestaltet. So: Hälschner 2 474, Schütze S. 327, Oppenh.-H. N. 8 u. § 173 N. 7, v. Schwarze N. 13, Villnow GS. 30 127. AM. Löning S. 90 (Ehebr. sei ein ehebr. Verhältnis mit einem bestimmten Mitschuldigen). Für die Zusammenfassung mehrerer Fälle zu einer Deliktseinheit ist der außerhalb des Deliktstatbestandes liegende Umstand der Scheidung der Ehe wg. mehrerer Fälle bedeutungslos; Binding Hb. 1 557 N. 40 ist de lege lata zweifelhaft.

Wegen des Verhältnisses zum § 173 vgl. das. N. 4, zum § 177 das. N. 7a.

6) Ähnlich wie im Falle des § 170 (das. N. 6a) ist die Bestrafung wegen Ehebruchs, abgesehen von dem Strafantrage (N. 9), noch von der weiteren Bedingung, „wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist", abhängig gemacht (N. 6—8). Diese Bedingung liegt außerhalb des Deliktstatbestandes und ist auch hier, trotz der abweichenden Stellung des Konditionalsatzes, als eine Bedingung der Strafverfolgung (nicht der Strafbarkeit) anzusehen. So: RG. I 6. Nov. 82, 28. Sept. 91, II 28. Dez. 86, IV 8. Feb. 87, E. 7 298, 22 135, 15 122, 261 (durch die Bedingung sei im öffentl. Interesse unter Rücksichtnahme auf die Bedeutung einer bestehenden Ehe ein Aufschub f. d. Eingreifen der Staatsgewalt zur Verwirklichung der Strafe angeordnet, keineswegs aber für den bereits durch den Beischlaf abgeschlossenen Tatbestand ein außerhalb der strafbegründenden Hdlg. liegendes weiteres Merkmal für den Deliktsbegriff gesetzt), Binding Hb. 1 601 u. Lb. 1 222 (abweichend jedoch Normen 2 464), Finger S. 120 u. G. 50 51, Hälschner 2 472, Frank N. III, v. Rohland GS. 36 252, v. Kries ZStrW. 5 12. AM. einerseits: v. Liszt S. 395 N. 3, H. Meyer S. 297, Wahlberg HM. „Ehebr.", F. Rüdorff Beginn der Antragsfrist bei Ehebr. (Diss.) (Bedingung der Strafbarkeit), andererseits: Berner S. 453, v. Schwarze HH. 3 298, 301, Rüd.-St. N. 4 (Tatbestandsmerkmal). Eine Mittelmeinung vertritt Stein Privates Wissen S. 126 N. 55 dahin, es sei Prozeßvoraussetzung, daß die Ehe wg. Ehebr. geschieden sei, dagegen Bedingung der Strafbarkeit, daß sie wg. des konkreten Ehebr. geschieden sei.

Ob die Scheidung nach dem Ehescheidungsrechte (BGB. B. IV Abschn. 1 Tit. 7 §§ 1564 ff.) statthafterweise geschehen durfte, oder ob sie etwa zu versagen war, ist gleichgültig, da lediglich die Tatsache, daß die Ehe wg. des Ehebruchs geschieden, als Bedingung hingestellt ist; RG. III 7. Juni 86 E. 14 202.

Über das Vorliegen der Bedingung entscheidet im schwurgerichtl. Verfahren der Gerichthof; in der Revisionsinstanz steht dem Revisionsgerichte die selbständige Nachprüfung zu, während es einer Erörterung der Frage als einer prozessualen im erstinstanzlichen Urteile nicht bedarf; zit. RG. E. 22 135.

7) „Geschieden" ist nicht gleichbedeutend mit „aufgelöst", bezeichnet vielmehr jede gerichtliche Trennung der Ehe, nicht bloß diejenige dem Bande nach, sondern auch die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft i. S. des BGB. § 1575. Der Begriff „geschieden" nach § 172 StGB. ist daher, ebenso wie in § 639 ZPO., weiter als nach BGB., nach dessen § 1575 „Scheidung" u. „Aufhebung der ehel. Gemeinschaft" in einem Gegensatz zueinander stehen, während Scheidung i. S. des § 172 auch die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft umfaßt. So: Binding Lb. 1 220, Frank N. III, Rüd.-St. N. 5, Reber Antragsdel. S. 204; auch Seckel aO. S. 373 N. 90. AM. Berner S. 453, Hälschner 2 471, H. Meyer S. 736 N. 16, Oppenh.-H. N. 12 u. v. Schwarze HH. 3 298, Th. Olshausen ArchBürgR. 23 159; eine das Band

Digitized by Google

der Ehe bestehen lassende Trennung sei keine Scheidung; vgl. auch Sartorius Personenstdsg. S. 260. Übrigens steht die hier vertretene Ansicht mit der o. N. 2_3 dargelegten durchaus nicht im Widerspruch; sie erscheint auch im Ergebnisse befriedigend, da die Aufhebung der ehel. Gemeinsch. nach BGB. § 1576, falls nicht ihre Wiederherstllg. erfolgt ist, jederzeit in eine Scheidung umgewandelt werden kann.

Deshalb ist, wenn Scheidung überhaupt nicht stattgefunden hat, wie z. B., falls der Tod eines der Ehegatten vor Eintritt der Rechtskraft des, von Amts wegen zuzustellenden (ZPO. § 625), Urteils erfolgte, eine Bestrafung unstatthaft; Oppenh.-D. N. 11, Rubo N. 3.

Nach BGB. § 1565 Abs. 1 kann ein Ehegatte „auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte sich des Ehebruchs ... *schuldig* macht"; daraus folgt, daß in dem N. 3 aE. hervorgehobenen Falle der Notzucht einer Ehefrau durch einen *Unverheirateten* Scheidung nicht erfolgen kann, weshalb trotz vorliegenden Ehebruchs dennoch Bestrafung seinetwegen ausgeschlossen ist; so v. Liszt S. 394; aM. Binding Lb. I 223 (gg. solche Ehebrecher sei der Strafantr. bei Fortdauer der Ehe statthaft). Trotzdem an sich Idealkonk. mit Notzucht denkbar ist (§ 177 N. 7a), ist also in einem solchen Falle Verurteilung nur wegen letzterer möglich.

Über einen weiteren Fall, wo trotz vorliegenden Ehebruchs Bestrafung dennoch rechtlich ausgeschlossen ist, s. N. 8_4.

8) Die Scheidung muß ferner mit dem Ehebruche in Kausalzusammenhang stehen; denn die Ehe muß „*wegen desselben*" geschieden sein (was aber auch dann zutrifft, wenn der Ehebr. erst in dem, nicht die Trennung der Ehe aussprechenden, sd. nur die Berufung zurückweisenden Urteile 2. Instanz als Scheidungsgrund festgestellt worden ist; RG. IV 13. Juni 90 E. 21 21).

Hieraus folgt zunächst, daß eine Bestrafung nicht verhängt werden darf, wenn die Scheidung der Ehe *aus einem anderen Grunde* als wegen Ehebruchs ausgesprochen wurde, selbst dann nicht, wenn in den Gründen des Ehescheidungsurteils ein Ehebruch festgestellt sein sollte; Oppenh.-D. N. 9a, Rüd.-St. N. 4.

Das Gesetz verlangt aber mehr; die Scheidung muß *wegen ebendesselben Ehebruchs* erfolgt sein, der den Gegenstand der Strafverfolgung bildet, wenn auch der Strafrichter, der die Überzeugg. von dem Vorliegen des btr. Ehebruchs selbständig nach Maßgabe der für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften gewinnen muß (§ 170 N. 6d), die Überzeugung auf andere Tatsachen, als der Zivilrichter, stützen kann. So die GM., insbs. RG. I 1. Juni 82 E. 6 334, II 21. Juni 89 G. 37 292, auch II 28. Dez. 86 E. 15 122 (wenn die Ehe nur wegen eines bestimmten Aktes des Ehebr. geschieden sei; sei dagegen der geschlechtl. Verkehr ohne Beschränkung auf spezielle Akte der Beischlfsvollzhg. als Ehebr. beurteilt worden, so komme es nicht darauf an, ob die einzelnen Akte der geschlechtl. Vereinigung, aus welchen vom Zivil- und vom Strafrichter der Ehebr. hergeleitet werde, identisch seien).

Im Zusammenhang mit dem N. 7_1 Bemerkten ergibt sich aus obigem, daß, wenn wegen *Ehebruchs* in Gemäßheit des § 1575 BGB. auf „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" erkannt ist, wegen dieses Ehebruchs Bestrafung erfolgen kann. Ein Ehebruch dagegen, der *nach* Aufhebung der ehel. Gemeinschaft seitens eines der beiden Ehegatten begangen wird (N. 2_3), ist der Bestrafung entzogen, weil wegen *dieses* Ehebruchs die Ehe nicht „*geschieden*" werden kann, außer falls nach Erlassung des auf Aufhebung der ehel. Gemeinschaft lautenden Urteils die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt worden ist; denn anderenfalls kann die Umwandlung der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft in *Ehescheidung* nur nach Maßgabe des § 1576 BGB. geschehen, d. h. lediglich auf Grund der Feststellungen des ersten Urteils, nicht aus einem anderen Grunde, also auch nicht wegen des nachher begangenen Ehebruchs. Zu demselben Ergebnis müssen übrigens diejenigen gelangen, die bei Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nicht annehmen, daß die Ehe „geschieden" sei (N. 7_1); das erkennt auch Binding Lb. I 220 N. 5 an.

Erfolgt bei einem *Doppel-Ehebruche* seinetwegen auch nur die Scheidung einer der beiden Ehen, so ist doch nach dem Wortlaut des § 172 die Bestrafung eines jeden

Digitized by Google

der beiden Ehebrecher statthaft; denn der, dessen Ehe nicht geschieden wurde, ist im Verhältnisse zu dem anderen Ehebrecher „dessen Mitschuldiger" (N. 4). So: Hälschner 2 473, Oppenh.-D. N. 13, Rubo N. 5, v. Schwarze N. 6. Um übrigens als „Mitschuldiger" eines Ehebr. bestraft werden zu können, ist nicht erforderlich, daß er im Ehescheidungsurteil als solcher bezeichnet sei; abgesehen davon, daß letzteres über die Erfordernisse eines nur zwischen den Parteien Recht schaffenden Urteils hinausginge, so würde die gegenteilige Annahme auch gegen den Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrages verstoßen (N. 9e); RG. II 12. Feb. 84 N. 6 107.

9) Nach Absatz 2 tritt die Verfolgung nur „auf Antrag" ein (§§ 61 ff.), im Falle des MStGB. § 127 ist jedoch die Verfolgung von dem Strafantrage unabhängig.

a) Antragsberechtigt ist als einziger Verletzter (§ 61 N. 10 ff.) lediglich der andere Ehegatte, beim Doppelehebruch jeder der beiden verletzten Eheleute, falls beide Ehen geschieden wurden, sonst nur derjenige verletzte Ehegatte, dessen Ehe geschieden wurde; denn es findet überhaupt nur eine Verfolgung des Ehebruchs statt, wegen dessen die Ehe geschieden ist; dem Geiste der Bestimmung nach kann somit Antragsberechtigung ohne vorangegangene Scheidung nicht angenommen werden; v. Schwarze N. 8, Reber Antragsdel. S. 202, 365. Deshalb sind bei beiderseitigem Ehebruch, der den Einwand der Aufrechnung nicht rechtfertigt (Dresden OLG. 13. Juli 98 SächsA. 20 492), beide Ehegatten nur dann antragsberechtigt, wenn wegen beider Ehebruchsfälle, auf Klage und Widerklage, die Scheidung erfolgte; v. Schwarze N. 8a u. HH. 3 299, Reber Antragsdel. S. 366. Auch der Ehegatte, der den anderen zum Ehebruch angestiftet hat (vgl. das N. 1 zit. RG. E 14 202), ist infolge der reichsgerichtlichen Auffassung von der Wirkungslosigkeit der Einwilligung (N. 1_3) antragsberechtigt; RG. II 6. Feb. 94 E. 25 119. Das führt freilich nach § 63 dazu, den Anstifter auf Grund seines eigenen Strafantrages für verfolgbar zu erachten.

b) Statt des verletzten Ehegatten kann nach Maßgabe des § 65 auch die Antragstellung durch seinen Vertreter in Frage kommen; v. Schwarze HH. 3 300. Falls die verletzte Ehefrau nach § 65_1 noch nicht zur selbständigen Antragstellung befugt sein sollte, wird ihr wegen rechtlicher Behinderung ihres gesetzlichen Vertreters, des Ehemannes, ein außerordentlicher Vertreter zu bestellen sein; § 65 N. 6b.

c) Darüber, daß das Recht zur Stellung eines Strafantrages weder durch Verzeihung der Straftat seitens des Verletzten, noch durch einen von ihm erklärten Verzicht verloren geht, gleichwohl ob Verzeihung oder Verzicht vor oder nach Beginn der Antragsfrist erfolgt ist, vgl. § 61 N. 49; so auch RG. III 7. Juni 86 E. 14 202.

d) Die Antragsfrist beginnt hier (und ebenso in den Fällen der §§ 170 u. 238) erst mit dem Tage der Kenntnisnahme von der Rechtskraft (nicht, wie häufiger ungenau gesagt wird: mit der Rechtskraft selbst) des die Scheidung, bzw. Auflösung o. Nichtigkeitserklärung der Ehe aussprechenden Urteils, u. zwar ohne Rücksicht, ob dem verletzten Ehegatten die den Eintritt der Rechtskraft begründenden Tatsachen schon früher bekannt waren (RG. IV 9. Okt. 84 E. 26 116, ein etwaiger auf eine Zivilprozeßnorm bezüglicher Rechtsirrtum sei unschädlich); dies gilt auch für den Fall, daß durch bedingtes Endurteil auf die Leistung eines Eides erkannt und die Trennung der Ehe erst als Folge der Leistung o. Nichtleistung des Eides durch das Läuterungsurteil ausgesprochen wird (ZPO. §§ 460 ff.); denn da gegen letzteres die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig sind, so tritt die Trennung der Ehe erst mit der Rechtskraft des Läuterungsurteils ein. Der an die Spitze gestellte Grundsatz folgt schon daraus, daß die Scheidung eine Bedingung der Strafverfolgung ist und deshalb der Stellung des Antrages vor Eintritt der Bedingung ein rechtliches Hindernis entgegenstände (§ 61 N. 56a); außerdem aber erscheint die Zulassung des Strafantrages vor Scheidung 2c. der Ehe mit dem inneren Grunde und der Absicht der bezüglichen Vorschriften unvereinbar; denn wenn nach der Auffassung des Gesetzes mit der Untersuchung wg. Ehebruchs 2c. in eine noch bestehende Ehe nicht eingegriffen werden soll u. die Bestrafung eines Ehegatten wg. Ehebruchs 2c. mit dem Wesen der noch fortdauernden Ehe nicht vereinbar erachtet wird, so muß dies auch von dem Strafantrage gelten, der die Herbeiführung der Bestrafung bezweckt; so unter Betonung des letzteren Grundes

Digitized by Google

namentl. RG. III 3. Jan. 80 E. 1 44, IV 1. Nov. 92 G. 40 321, sowie Binding Hb. 1 644 u. Lb. 1 223 (es solle nicht der Ehegatte während bestehender Ehe diesem Verhältnisse zum Trotz den Strafantrag stellen, sd. der gewesene Gatte nach gelöster Ehe, weshalb es nicht sowohl um die Frist, als um das Subjekt für den Antrag sich handele), u. aus dem allg. Grunde ferner: RG. III 3. Jan. 80, II 1. Apr. 81, N. 1 180, 3 181, I 23. März 80 E. 2 62, Berner S. 454, Finger 1 200, Geyer 2 86, v. Liszt S. 395 (194), Schütze S. 327 N. 18, Oppenh.-D. N. 15, v. Schwarze N. 7, § 170 N. 4 u. HH. 3 300, Nessel Antragsber. S. 43, v. Lippelskirch GS. 25 327, F. Rüdorff Beginn der Antragsfrist. AM.: Dochow HH. 4 274, Hälschner 1 719 N. 2, 2 469, 473, Heinze HH. 2 629 N. 6, Merkel HRl. „Personenstd", H. Meyer S. 308, Frank N. IV, Reber Antragsdel. S. 471, Villnow G. 23 171, Fischer GS. 31 56 ff., 32 496, Conrad G. 35 18, Köhler Strafantrag S. 89.

e) Zu beachten ist bei dem vorliegenden, meist von zwei Mittätern (N. 3) verübten, Verg. der Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrages nach § 63. Demgemäß ist namentl. auch die Beihilfe (§ 49) verfolgbar, sobald der Täter verfolgt werden kann; das N. 8 aE. zit. RG. N. 6 107.

10) Wg. des Verhältnisses zur Beleidigung vgl. § 185 N. 19.

11) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16).

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Die Verjhrg. beginnt nicht schon mit dem Tage des Ehebruchs, sd. nach Maßgabe des § 69_1 (das. N. 1 a, b) wegen des den Beginn der Strafverfolgung hindernden Ruhens der Verjhrg. (§ 69 N. 61 b) tatsächlich erst mit Eintritt der nach ZPO. § 705 zu beurteilenden Rechtskraft des Scheidungsurteils (§ 67 N. 10b); RG. IV 8. Feb. 87 E. 15 261, Berlin 25. Juni 77 St. 7 67, v. Liszt S. 395, Frank N. VI.

13) Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 173.

Der Beischlaf zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie wird an den ersteren mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, an den letzteren mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Beischlaf zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie, sowie zwischen Geschwistern wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie bleiben straflos, wenn sie das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben.

PrStGB. § 141. Entw. I § 150, II § 171.

1) Das Verbr. der Blutschande (des Inzestes) besteht in der Vollziehung des „Beischlafes" zwischen gewissen nahen Verwandten (Blutschande i. e. S.) oder Verschwägerten.

Unter „Beischlaf", durch welchen „konkreteren" Ausdruck ausweislich der Motive der „vieldeutige" Ausdruck Unzucht des PrStGB. näher bestimmt werden sollte, wird nach der GM. die naturgemäße Vereinigung der Geschlechtsteile zweier Personen verschiedenen Geschlechts verstanden, d. h. also mindestens der Anfang des Eindringens des männl. Gliedes in den weibl. Geschlechtsteil (nicht also ein bloßer Versuch dazu, mag er auch zu einer äußeren Berührung geführt haben; RG. II 11. März 92 G. 40 39 btr. § 182). Ob eine emissio o. immissio seminis stattgefunden hat, ist gleichgültig; so die GM., insbs. RG. I 17. März 81 E. 4 23. Die Vornahme anderer unzüchtiger Hdlgen zwischen den im § 173 bezeichneten Personen ist dagegen als Blutschande nicht anzusehen (vgl. § 172 N. 1).

Trotzdem ist die häufig aufgestellte Ansicht (vgl. z. B. Schütze Notw. Teiln. S. 362 ff. u. H. Meyer S. 185), daß bei der Blutschande eine sog. notwendige Teilnahme (T. I Abschn. 3 N. 11) stattfinde, nach der Ausführung in § 172 N. 3 nicht richtig; Freudenthal Notw. Teiln. S. 46.

Digitized by Google

Ob der Beischlaf ein ehelicher oder außerehelicher, ist an sich gleichgültig (s. jedoch N. 2); nicht die Eingehung einer inzestuosen Ehe ist strafbar, wohl aber die Beischlafsvollziehung in einer solchen; RG. I 10. Nov. 81 E. 5 159 (es schließe deshalb auch die aus Irrtum über das zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie bestehende Eheverbot eingegangene Ehe die Bestrafung wegen Blutschande nicht aus), Geyer 2 89, Schütze S. 333 N. 6, Frank N. IV, v. Schwarze N. 4 u. HH. 3 302, Billnow GS. 30 129.

2) Der Satz, daß der in einer inzestuosen Ehe vollzogene Beischlaf strafbar sei, würde notwendig eine Ausnahme erleiden müssen für den Fall nämlich, daß die inzestuose Ehe eine gültige ist, mit anderen Worten, falls das vorliegende Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis nur ein aufschiebendes, kein trennendes Ehehindernis bildet. Erkennt das bürgerliche Recht die Gültigkeit einer solchen Ehe an, so ist damit selbstverständlich auch das Recht der Ehegatten auf eheliche Beiwohnung miteinander gegeben; die Beischlafsvollziehung in einer solchen Ehe ist daher objektiv nicht rechtswidrig und damit fehlt es an einem für die Strafbarkeit der Hdlg. notwendigen Moment (T. I Abschn. 4 N. 1).

Fälle der bezeichneten Art können aber nach dem BGB. nicht eintreten. Nach Abs. 1 des § 1310 darf eine Ehe „zwischen Verwandten in gerader Linie, zwischen vollbürtigen o. halbbürtigen Geschwistern sowie zwischen Verschwägerten in gerader Linie" nicht geschlossen werden; damit sind sonach dieselben Personen bezeichnet, wie in den Abs. 1 u. 2 des § 173; vgl. wg. „Verwandte auf- u. absteigender Linie" § 52 N. 18, wg. „Verschwägerte auf- u. absteigender Linie" § 52 N. 19 sowie wg. „Geschwister" das. N. 23a, wo hervorgehoben ist, daß es keinen Unterschied begründe, ob die Seitenverwandtschaft auf Vollbürtigkeit oder Halbbürtigkeit beruhe. Nach BGB. § 1327 ist eine Ehe nichtig, wenn sie zwischen Verwandten o. Verschwägerten dem Verbote des § 1310 Abs. 1 zuwider geschlossen ist. Nun herrscht allerdings darüber keine Meinungsverschiedenheit, daß als „Verwandtschaft" und „Schwägerschaft" i. S. des § 173 an sich auch die auf unehelicher Abstammung beruhende in Betracht kommt; RG. II 21. Sept. 80 E. 2 239, I 17. Okt. 83, 13. Feb. 85, R. 5 613, E. 12 275, IV 31. Jan. 90 E. 20 239. Aber das im § 1310 Abs. 1 BGB. gegebene Eheverbot hat auch durch Abs. 3 das. eine Ausdehnung dahin erfahren, daß im Sinne jener Vorschrift zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits Verwandtschaft besteht — in Ausnahme von Abs. 2 des § 1589, wonach ein uneheliches Kind u. dessen Vater nicht als verwandt gelten. Die Nichtigkeit der Ehe gemäß § 1327 erstreckt sich also auch auf die Fälle, wo Verwandtschaft und folgeweise Schwägerschaft der in Abs. 1 des § 1310 bezeichneten Art im Hinblick auf Abs. 3 das. anzunehmen ist. Dadurch werden alle Fälle getroffen, in denen zwischen den im § 173 bezeichneten Personen, auch wenn deren Verwandtschaft o. Schwägerschaft auf unehelicher Geburt beruhen sollte, eine Ehe eingegangen wurde. Das gilt namentlich auch für den Fall einer Ehe zwischen zwei, von verschiedenen Müttern geborenen unehelichen Kindern desselben Vaters, da das eine uneheliche Kind i. S. des § 1310 BGB. mit dem anderen verwandt ist; denn da hiernach Verwandtschaft zwischen den unehel. Kindern einerseits und dem Vater andererseits besteht, so ist gerade deshalb ein anderes unehel. Kind desselben Vaters auch mit dem ersten unehelichen Kinde verwandt (Binding Lb. 1 229 N. 3). Auch die übrigen Fälle, die man als Beweis für einen Zwiespalt des Eherechts mit § 173 StGB. angeführt hat, beruhen auf mißverständlicher Auffassung der Bestimmungen des BGB.; zwischen beiden ist vielmehr volle Harmonie anzunehmen. So auch Frank N. IV; übereinstimmend für das frühere Recht RG. I 10. Nov. 81 E. 5 159 (s. jedoch N. 3 aE.).

3) Zum Dolus gehört notwendig das Wissen der bestehenden Verwandtschaft oder Schwägerschaft; bei angeregtem Zweifel, der namentl. bei Begründung jener Verhältnisse durch außereheliche Abstammung vorliegen kann (vgl. Berner S. 456), muß eine Feststellung jener Kenntnis erfolgen; vgl. z. B. Berlin 18. Juni 75 O. 16 467.

Im Falle eines zivilrechtlichen Irrtums findet allg. Annahme zufolge § 59 Anwendung; sehr streitig ist aber gerade für § 173, wann ein zivilrechtl. oder ein strafrechtl. Irrt. anzunehmen sei; vgl. deshalb einerseits die § 59 N. 31aα zu § 173, zitt. Entsch. des

Digitized by Google

RG. btr. Irrt. über die Gültigkeit einer gg. ein eherechtl. Verbot eingegangenen Ehe (E. 5 159), darüber, daß die Verwandtschaft bzw. Schwägerschaft ein durch eheliche Geburt begründetes Verhältnis voraussetze (E. 12 257, R. 5 613), bzw. die Schwägerschaft durch Auflösung der sie begründenden Ehe aufgehoben werde (E. 34 418), andererseits Binding Lb. 1 230, Hälschner 2 482, Frank N. IV; mit diesen ist die irrtüml. Annahme der Konkumbenten, sie lebten in einer rechtsgültigen Ehe und sei deshalb der Beischlaf zwischen ihnen erlaubt (N. 2_1), für beachtlich zu halten; ebenso Kohlrausch Irrt. 1 124; aM. das zit. RG. E. 5 159.

4) Darüber, inwiefern wiederholte Fälle des Beischlafs ein fortgesetztes Verbr. der Blutschande bilden können, vgl. § 172 N. 5.

Idealkonk. (§ 73) mit Ehebruch aus § 172 ist denkbar. Im übrigen vgl. wegen Idealkonk. mit § 174^1 das. N. 11, mit § 176^3 das. N. 16b, mit § 177 das. N. 7a, mit § 182 das. N. 5a.

5a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. u. Verg. gilt folgendes: Die Hauptstrafe ist gegen Verwandte aufstgder Linie (Abs. 1) Zuchth. von 1—5 J. (§ 14_2), im übrigen (Abs. 1 u. 2) Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16). Neben beiden kann als Nebenstrafe nach § 32 bzw. nach Abs. 3 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch des Verbrechens der Verwandten aufstgder Linie (Abs. 1) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

c) Straflos bleiben nach Abs. 4 „Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie" — d. h., wie die GM. aus der Fassung der beiden Abs. 1 u. 2 mit Recht folgert, Verwandte abstgder L. (nicht also auch Geschwister) u. Verschwägerte abstgder L. — „wenn sie das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben" (vgl. §§ 55 N. 3, 56 N. 15). Diese, eine Ausnahme vom Prinzip des § 56 (das. N. 2) enthaltende Bestimmung stellt lediglich einen subjektiven Strafausschließungsgrund auf (T. I Abschn. 3 N. 6); so: Berner S. 457 N. 1, Binding Lb. 1 230, v. Liszt S. 192, Frank N. III u. ZStrW. 12 303; aM.: RG. III 23. Sept. 89 E. 19 391, das Alter über 18 J. sei positives Tatbestandsmerkmal des strafb. Inzestes von Verwandten 2c. abst. L., Löwe-H. StPO. § 56 N. 12a. Deshalb ist auch der Teilnehmer (T. I Abschn. 3 N. 8), insbs. Anstifter (§ 48 N. 2) eines solchen jugendl. Desjenden strafbar (so: Berner aO., v. Liszt S. 388; aM. Rubo N. 4), nicht aber ist die seitens des Aszendenten an den noch nicht 18 J. alten Desjenden gerichtete Aufforderung zur Begehung von Blutschande aus § 49a strafbar; das das. N. 9 zit. RG. G. 51 177.

6) Es verjährt die Strafverfolgung des Verbr. aus Abs. 1 nach § 67_1 in zehn, diejenige der Verg. aus Abs. 1 u. 2 nach § 67_3 in fünf Jahren.

Zuständig ist für das Verg. u. für das Verbr. Strafk.; GVG. §§ 27, $73^{1,2}$.

§. 174.

Mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren werden bestraft:

1) Vormünder, welche mit ihren Pflegebefohlenen, Adoptiv- und Pflegeeltern, welche mit ihren Kindern, Geistliche, Lehrer und Erzieher, welche mit ihren minderjährigen Schülern oder Zöglingen unzüchtige Handlungen vornehmen;

2) Beamte, die mit Personen, gegen welche sie eine Untersuchung zu führen haben oder welche ihrer Obhut anvertraut sind, unzüchtige Handlungen vornehmen;

3) Beamte, Aerzte oder andere Medizinalpersonen, welche in Gefängnissen oder in öffentlichen, zur Pflege von Kranken, Armen oder anderen Hülflosen bestimmten Anstalten beschäftigt oder angestellt sind, wenn sie mit den in das Gefängniß oder in die Anstalt aufgenommenen Personen unzüchtige Handlungen vornehmen.

Digitized by Google

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 142. Entw. I § 151, II § 172.

Der Tatbestand im allgemeinen. N. 1—10.

1) § 174 betrifft in seinen drei Nrn. gleichmäßig die Vornahme unzüchtiger Handlungen. Deren Strafbarkeit liegt aber nicht in ihrer Vornahme überhaupt, sondern darin, daß sie von gewissen im Gesetze bezeichneten Personen mit gewissen anderen ebenda bezeichneten Personen vorgenommen werden; unter anderen Personen begangen bleiben unzüchtige Hdlgen als solche — ohne Hinzutritt erschwerender Momente — straflos. Wie ein Blick auf den Inhalt sämtlicher drei Nrn. ergibt, liegt das Gemeinsame der zwischen den dort genannten Personen untereinander bestehenden Beziehungen darin, daß der eine Teil zu dem anderen in einem Autoritätsverhältnisse steht. Strafbar ist der in der Vornahme unzüchtiger Hdlgen seitens der Autoritätspersonen mit den in Abhängigkeit zu ihnen stehenden Personen liegende Autoritätsmißbrauch und Vertrauensbruch; Beseler Pr. StGB. S. 313, Hälschner 2 236 f., Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 1 u. HH. 3 305. Folgerichtig ist aus § 174 stets nur die Autoritätsperson, niemals aber der andere Teil strafbar (T. I Abschn. 3 N. 9b); H. Meyer S. 742, Frank N. III, v. Kries ZStrW. 7 527.

2) „Handlungen" stehen, wie die Wendung „Vornahme von .. Hdlgen mit Personen" außer Zweifel stellt, im Gegensatz zu „Äußerungen" (vgl. einerseits § 166 N. 4, andererseits § 183 N. 2); RG. II 17. März 82 E. 6 116 (die Bestimmung — des § 176[3] — sei auf „unzüchtige Redensarten" nicht anwendbar). Unter einer Handlung i. S. des § 174 ist somit eine körperliche Tätigkeit zu verstehen (N. 9).

3) Die Hdlg. muß eine „unzüchtige" sein. „Unzüchtig", als das konträre Gegenteil von „züchtig", bezeichnet das der Zucht Widersprechende, ist daher verschieden von „nicht züchtig", dem kontradiktorischen Gegenteil von „züchtig"; Rubo N. 11.

Wie die Verbindung „Zucht u. Sitte" anzeigt, bedeutet aber Zucht wesentlich sittliche Zucht, d. h. ein der Sittlichkeit i. e. S. (T. II Abschn. 13 N. 1) entsprechendes Verhalten. Somit muß bei dem „Unzüchtigen" eine geschlechtliche Beziehung obwalten; so die GM., insbs. RG. (N. 4).

4) Eine „unzüchtige Handlung" muß somit nach den obwaltenden Umständen (also nicht unbedingt und ausnahmslos) objektiv das allgemeine (normale) Scham- u. Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung (N. 3[2]) verletzen; denn nur auf die Verletzung des Gefühls der Allgemeinheit, nicht eines einzelnen, kann es ankommen, da die dem Strafgesetze zugrunde liegende Norm offenbar die Aufrechterhaltung der „sittlichen Zucht" bezweckt, wie sie im Volksbewußtsein nach positiver Entwickelung aufgefaßt wird (vgl. Hälschner 2 236, Binding ZStrW. 2 456 N. 2); um dem Ausdruck zu geben, wird vielfach eine „gröbliche" Verletzung des bezeichneten Gefühls verlangt, ohne daß dieses Merkmal jedoch begrifflich — wenigstens nicht anders als in dem bezeichneten Sinne — erfordert werden kann. So im wesentlichen die GM., insbs.: RG. II 17. März 82 E. 6 116, III 23. März 82, I 14. Juni 83, R. 4 275, 5 433 (alle btr. § 176[3]), u. namentl. darüber, daß die „Gröblichkeit" der Verletzung kein unerläßliches Merkmal sei, II 24. Nov. 99 E. 32 418 (btr. § 184, insoweit die das. N. 2b zitt. E. 4 87, 8 128 einschränkend).

Weil die Verletzung des Sittlichkeits-Gefühls erfordert wird, ist die Wirkung der Hdlg. auf das sittl. Gefühl der Allgemeinheit das für den objektiven Begriff des Unzüchtigen Entscheidende; RG. II 10. Dez. 97 E. 30 378 (btr. § 184).

5) Eine „unzüchtige Handlung" erfordert aber im Falle des § 174 und ebenso in den Fällen des § 176[1, 3] (vgl. dagegen §§ 183 N. 3[2], 184 N. 9) subjektiv noch ein Weiteres; hier, wo es um eine unzüchtige geschlechtliche Beziehung von einer Person zur anderen sich handelt, ist solche nicht denkbar ohne eine wollüstige Absicht auf seiten des Täters, sei es, daß die Hdlg. seiner eigenen geschlechtlichen Sinnenlust, seiner Geilheit, dienen, sei es, daß sie auf den Geschlechtstrieb des anderen Teiles einwirken soll; so die GM., insbs. RG. II 23. Dez. 95 E. 28 77, III 23. März 82, I 14. Juni, II 16. Nov. 83, R. 4 275, 5 433,

Digitized by Google

708 (sämtlich § 176[3] btr.). Die Befriedigung des Geschlechtstriebes braucht hiernach nicht gerade als Ziel ins Auge gefaßt zu sein; zit. RG. R. 5 708. Selbstverständlich ist bei dieser Auffassung des Begriffs, daß der Täter der objektiven Unzüchtigkeit der Hdlg. sich bewußt sein muß; zit. RG. R. 4 275.

Eine in anderer Absicht vorgenommene Hdlg. ist deshalb auch dann keine „unzüchtige", wenn sie objektiv das Scham- o. Sittlichkeitsgefühl in geschlechtl. Beziehung gröblich verletzt; so z. B. eine aus Wut vorgenommene Züchtigung auf den bloßen Körper unter Enthüllung der Schamteile des Gemißhandelten; Rubo N. 11, Binding StrW. 2 457.

Demnach sind namentl. Hdlgen, soweit sie in Wahrheit einem wissenschaftlichen (insbs. medizinischen) oder künstlerischen Zwecke dienen, keine „unzüchtigen".

6) Es gibt nur wenige die geschlechtlichen Verhältnisse berührende Hdlgen, die nicht nur durch ihre Erscheinung selbst das Scham- o. Sittlichkeitsgefühl gröblich verletzen, sondern gleichzeitig unbedingt dartun, daß sie aus fleischlicher Lust unternommen seien; vgl. RG. II 10. Dez. 97 E. 30 378 (btr. § 184). Diese Bemerkung ist bezüglich derjenigen im § 174 bezeichneten Personen von Erheblichkeit, deren persönliches Verhältnis oder deren Beruf zu Untersuchungen geschlechtlichen Charakters an den ebenda genannten ihnen unterstellten Personen berechtigt bzw. verpflichtet; Hälschner 2 222 N. 3.

7) Nur als eine Art der unzüchtigen Hdlgen kann die Beischlafsvollziehung (§ 173 N. 1) sich darstellen; RG. III 14. Feb. 84 N. 6 112. Im übrigen erfordert die mit oder an einer anderen Person (N. 9) vorgenommene u. H. nicht eine Berührung der Geschlechtsteile derselben, auch nicht notwendig eine gegen den entblößten Körper o. solchen Körperteil sich richtende Hdlg.; RG. II 17. März, 29. Dez. 82, E. 6 116, N. 4 899. Das gilt auch für den Fall, daß, wie bei § 176[3] 2. Altern., u. H. in Frage kommen, die am eigenen Körper verübt werden; RG. II 12. Okt. 00 E. 33 429.

8) Hinsichtlich der rechtlichen Lage der beiderseitigen Teile wurde schon in N. 1 hervorgehoben, daß die Personen, mit denen die u. H. vorgenommen werden, straflos seien; für den Tatbestand der aus § 174 strafb. Verbr. ist es gleichgültig, ob diese mit oder ohne Erkenntnis des Verbotenen an den u. H. sich beteiligten; RG. I 10. Okt. 81 N. 3 621. Lediglich die Autoritätspersonen sind Subjekte der strafb. Hdlgen, während die zu diesen in Abhängigkeit stehenden Personen rechtlich nur als deren Objekte in Betracht kommen; namentl. wird eine Verleitung zu ihrer Mitbetätigung nicht erfordert; Berner S. 460, Schütze S. 340 N. 14, Rüd.-St. N. 3, Villnow GS. 30 133.

Es kann deshalb auch hier (vgl. § 172 N. 3) von einer sog. notwendigen Teilnahme nicht gesprochen werden; aM. Schütze Notw. Teiln. S. 367.

9) Für das körperliche Verhältnis der beiden Teile zueinander kommt in Betracht, daß das Gesetz hier und im § 176[3] von der Vornahme unz. Hdlgen „mit", im § 176[1] dagegen „an" einer anderen Person spricht. Man (vgl. z. B. Oppenh.-D. § 176 N. 1) erklärt das bereits aus dem PrStGB. § 144[1] („Wer an einer Person des einen o. anderen Geschlechts mit Gewalt 2c.") herübergenommene „an" redaktionell damit, daß lediglich wegen des nachfolgenden „mit Gewalt" der Gebrauch der Präposition „mit" vermieden worden sei, was durch die Redaktionsgeschichte des zit. § 144 insofern bestätigt werde, als in keiner Weise ersichtlich sei, daß die abweichende Fassung eine abweichende Bedeutung haben solle. Von diesem Standpunkte aus ist die GM., insbs. RG. III 7. Mai, I 10. Okt. 81, II 29. Dez., 17. März 82, R. 3 287, 621, 4 899, E. 6 116 (sämmtl. btr. § 176[3]), dazu gelangt, „mit" und „an" für gleichbedeutend zu erachten, was dazu geführt hat, auch für die §§ 174, 176[3] zu verlangen, daß die u. H. an dem Körper des anderen Teiles vorgenommen sein müsse. Diese Ansicht, die übrigens nicht ohne Widerspruch geblieben ist, erscheint nicht richtig. Zunächst steht ihr der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen entgegen und prinzipiell ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber mit verschiedenen Ausdrücken auch Verschiedenes habe bezeichnen wollen, um so mehr, wenn der sprachliche Unterschied so klar ist, wie im vorliegenden Falle. Durch die Wendung „u. H. an einer Person" wird der Körper der letzteren als das Angriffsobjekt der Hdlg. bezeichnet, während der Ausdruck „u. H. mit einer Person" weiter ist, die an einer Person vorgenommenen Hdlgen zwar mit begreift,

Digitized by Google

zugleich aber auch solche Hdlgen umfaßt, bei denen die Person nicht das Objekt, sondern das Mittel für die Befriedigung der Geschlechtslust ist (so außer Frank N. II, Rubo N. 12 u. Billnow GS. 30 145, selbst das zit. RG. N. 4 899). Dazu kommt der besondere Tatbestand des § 176[1], der „die Vornahme einer u. H. an einer Frauensperson mit Gewalt" erfordert und eben durch das letztere Merkmal notwendig eine körperliche Berührung der Frauensperson bedingt (so die GM., insbs. RG. II 26. Mai 91 E. 22 33), wenn auch nicht eine unmittelbare, d. h. eine Berührung ihres entblößten Körpers (N. 7), und zwar indem die u. H., und nicht etwa bloß die Gewalt, an dem Körper der Frauensperson verübt sein muß, derartig, daß die Verübung der u. H. am Körper des Täters nicht genügt; RDHG. 16. Feb. 72 St. 1 230.

Hiernach liegt der Tatbestand der Vornahme einer u. H. „mit" einer anderen Person, weder im Falle des § 174, noch des § 176[3], nur bei einer unzüchtigen Berührung ihres Körpers vor; er kann vielmehr auch dann gegeben sein, wenn der Körper der Person bei der Hdlg. in anderer Weise in Mitleidenschaft gezogen wird (vgl. auch das N. 7 zit. RG. E 33 429), z. B. dadurch, daß die Hand der btr. Person gg. den Geschlechtsteil des Täters gedrückt u. so mittels des Körpers jener Person an dem Täter selbst die u. H. vorgenommen wird. Daß hiernach der Tatbestand des § 176[3] auch dann erfüllt ist, wenn eine Frauensperson mit einem Knaben unter 14 J. den Beischlaf vollzieht (N. 7), kann nicht zweifelhaft sein; denn auch da ist eine u. H. „mit" ihm vorgenommen; RG. III 14. Feb. 84 N. 6 112.

Dagegen wird der Tatbestand der Vornahme einer u. H. mit einer Person dadurch zweifellos nicht erfüllt, daß in deren Gegenwart solche Hdlgen vorgenommen werden, ohne ihren Körper in Mitleidenschaft zu ziehen; zit. RG. N. 4 899; vgl. auch die zitt. RG. N. 3 287, E. 6 116. Verschieden davon ist aber die Frage, ob eine „mit" einer Person vorgenommene u. H. (und nicht bloß eine „Verleitung zur Verübung u. H." — § 176 N. 17 b α) nicht schon dann vorliegt, wenn ihr Körper — ohne seine Berührung — in der Weise in Mitleidenschaft gezogen wird, daß er in unzüchtigerweise den Blicken anderer Preis gegeben wird; diese Frage wird mit Jena 1875 St. 7 73 (btr. § 176[3]) zu bejahen sein; ebenso RG. III 7. Jan. 01 G. 48 113 (das zit. N. 3 287 betrifft einen anderen Fall); vgl. auch Geyer 2 30, körperl. Berührung der Frauensperson o. eine sonstige körperl. Beteiligg. der Gemißbrauchten.

10) „Unzüchtige Handlungen" sind, wie die GM. mit Recht annimmt, durch den häufig wiederkehrenden Sprachgebrauch (vgl. § 110 N. 14), der des Pluralis auch da sich bedient, wo der Singular hinreichen würde, zu erklären; vgl. überdies N. 20. Es kann somit der Tatbestand auch durch eine einzelne u. H. erfüllt werden. Vgl. dagegen den Singular im § 183.

Zu § 174 Nr. 1. N. 11—14.

11) Für Nr. 1 kommt in Frage, ob Subjekte des Verbr. auch die im § 173 benannten Verwandten u. Verschwägerten auf- u. absteigender Linie bzw. Geschwister sein können, insofern sie zu ihren Verwandten u. Verschwägerten absteigender Linie bzw. zu ihren Geschwistern in einem der im § 174[1] bezeichneten Verhältnisse stehen. Die Frage kann zunächst nicht aus dem Grunde verneint werden, weil § 173 im Vergleiche mit § 174[1] die speziellere Vorschrift enthalte; denn wenn auch der „Beischlaf" nur eine Art der u. H. überhaupt ist (N. 7), so sind keineswegs die Verhältnisse, die § 173 im Auge hat, begrifflich engere wie die im § 174[1] bezeichneten Verhältnisse. Aber auch aus der Entstehungsgeschichte der §§ 173, 174[1] sowie der entsprechenden §§ 141, 142 des PrStGB. läßt die Verneinung jener Frage in überzeugender Weise sich nicht begründen; wenn namentl. bei der Redaktion des PrStGB. der Wunsch obwaltete, das Einschreiten der Staatsgewalt, falls es um das Innere der Familie sich handelt, möglichst fernzuhalten, so findet das auch nach der entgegengesetzten Auffassung in der Regel statt; denn davon kann keine Rede sein, daß § 174[1] z. B. auf die leiblichen Eltern schon dann Anwendung finde, wenn ihre Kinder bei ihnen in Pflege sich befinden; zwischen leiblichen (ehelichen) Eltern und Kindern findet ein Pflegkindschaftsverhältnis i. S. der Nr. 1 überhaupt niemals statt (RG. I 25. Nov. 80, 4. Dez. 82, E. 3 64, 7 307). Nur in besonders gearteten Fällen kann zwischen den im

Digitized by Google

§ 173 bezeichneten Verwandten u. Verschwägerten eines der im § 174[1] aufgezählten Verhältnisse sich bilden; nämlich nur dann, wenn auf Grund tatsächlicher Verhältnisse (z. B. Bildung eines Pflegkindschaftsverhältnisses zwischen dem Vater u. seinem unehel. Kinde) oder gesetzlicher Bestimmungen ein solcher Verwandter o. Verschwägerter zugleich die rechtl. Eigenschaft einer oder der anderen der im § 174[1] aufgezählten Autoritätspersonen erlangt hat; letzteres tritt nach BGB. namentl. ein, wenn die leibliche Mutter im Falle der Verwirkung der elterl. Gewalt seitens des Vaters ohne Auflösung der Ehe der Eltern u. deshalb ohne Übergang der Gewalt auf die Mutter (BGB. §§ 1773, 1684 Nr. 2) Vormünderin ihres Kindes wird, oder wenn der Stiefvater sein Stiefkind an Kindes Statt annimmt o. als Vormund der Stieftochter bestellt wird oder wenn der Bruder Vormund seiner Geschwister wird; daß aber in diesen Fällen die Anwendung des § 174[1] ausgeschlossen sein solle, ist im Gesetz in keiner Weise zum Ausdruck gelangt, weshalb auch Idealkonk. (§ 73) zwischen § 173 u. § 174[1] möglich ist. So: RG. zit. E. 7 307, I 22. Juni 85 E. 12 292, 23. Dez. 85 R. 7 759. AM. zit. RG. E. 3 64 (prinzipiell allgemein).

12) „Vormünder" einerseits, „Pflegebefohlene" andererseits. Unter „Vormund" ist i. S. dieser Gesetzesvorschrift, deren Strafgrund in dem Mißbrauch des Autoritätsverhältnisses liegt (N. 1), nicht nur der Vormund i. e. S. des BGB. §§ 1773, 1896 zu verstehen, sondern auch der im § 34[6] StGB. daneben genannte „Gegenvormund" (BGB. §§ 1792, 1897). Allerdings würden Personen, deren Obliegenheit auf die Verwaltung o. Beaufsichtigung des Vermögens eines Dritten sich beschränkt, nicht hierher gehören (RG. III 9. Dez. 86 E. 15 72); allein das trifft auch beim „Gegenvormund" des BGB. nicht zu; denn dieser kann nach § 1792 neben jedem Vormunde bestellt werden, während er bei einer solchen mit nicht unerheblicher Vermögensverwaltung, falls nicht mehrere Vormünder vorhanden, bestellt werden soll; der Gegenvormund ist nach BGB. ein Aufsichtsorgan gegenüber dem Vormunde, dessen Funktionen über die einer bloßen Beaufsichtigung der Vermögensverwaltung des letzteren hinausgehen.

13) „Adoptiv- und Pflegeeltern" einerseits, deren „Kinder" — gleichgültig, ob volljährig o. nicht (RG. I 22. Juni 85 E. 12 292) — andererseits.

a) Wegen „Adoptiv-Eltern u. -Kinder" vgl. § 52 N. 20.

b) Wegen „Pflegeeltern" vgl. § 52 N. 21, insbs. das dort zit. RG. E. 27 130, das in dem Lehrverhältnis i. S. der GewerbeO. §§ 126 f. selbst dann, wenn der Lehrling in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn aufgenommen ist, ein Pflegkindschaftsverhältnis nicht sieht, weil auch dadurch regelmäßig eine Familienzugehörigkeit nicht begründet werde. Stiefeltern können nur unter besonderen Umständen als Pflegeeltern angesehen werden; RG. I 4. Dez. 82, 22. Juni, 23. Dez. 85, E. 7 307, 12 292, R. 7 759, IV 7. Mai 95 G. 43 122, 6. Okt. 96 E. 29 89. In subjektiver Beziehung ist notwendig, daß die Pflegeeltern des die Pflegkindschaft einschließenden Charakters ihrer Beziehungen zu dem Kinde sich bewußt sind; RG. I 11. Feb. 84 E. 10 95.

14) „Geistliche, Lehrer und Erzieher" einerseits, deren „minderjährige Schüler oder Zöglinge" andererseits.

a) Wegen „Geistliche" vgl. § 130a N. 2. Andere Religionsdiener fallen zwar als solche nicht unter die Strafbestimmung (Rubo N. 6); es begründet dies jedoch unter der Gesamtheit der Religionsdiener insofern keinen Unterschied, als auch die Geistlichen in Wahrheit nicht als solche getroffen werden, sondern nur insofern ihnen „Schüler o. Zöglinge" gegenüberstehen, d. h. nur insofern sie als Lehrer o. Erzieher fungieren (Dochow HRl. „Verbr. d. Religionsd.", Wahlberg GS. 24 7, Meves StRZ. 12 420); in dieser Eigenschaft können aber auch andere Religionsdiener als Geistliche aus § 174 sich strafbar machen. Das Verhältnis eines „Geistlichen zur Schülerin" zwischen einem Pfarrer und einem seine Christenlehre besuchenden (16 J. alten) Mädchen hat RG. I 17. Nov. 84 E. 11 271 mit Recht für vorliegend erachtet, weil hier nicht nur eine solche Beziehung bestand, wie sie der Geistliche beim allg. Gottesdienste gegenüber jeder ihn besuchenden Person habe, sondern eine engere und besondere autoritative Beziehung, wie Nr. 1 sie voraussetze.

Digitized by Google

b) Da die Strafbarkeit der Hdlg. in dem Autoritätsmißbrauch und Vertrauensbruch liegt (N. 1), ſo fügt das Geſetz den „Lehrern und Erziehern", worunter übrigens mit der GM. auch ſolche weiblichen Geſchlechts zu verſtehen ſind, keine Beſchränkung hinzu; es iſt daher gleichgültig, ob es öffentliche oder Privatlehrer ſind; das Geſetz legt auf die Eigenſchaft als Beamter kein Gewicht; ſo die GM. Bei dieſer Sachlage kann § 4[1] (daſ. N. 10c) keine Anwendung finden, wenn der Täter auch Beamter ſein ſollte. Gleichgültig iſt ferner, ob die Lehrer u. Erzieher im eigenen oder im fremden Hauſe, ob ſie allein oder an Inſtituten tätig ſind, desgl. ob die Lehrer in Wiſſenſchaften, Künſten oder Fertigkeiten unterrichten; RG. III 31. März 84 E. 10 345.

α) „Lehrer" iſt jede Perſon, die einer anderen in irgendeinem o. in mehreren beſtimmten Wiſſenszweigen einen dauernden Unterricht erteilt, unter der Vorausſetzung des Beſtehens einer geiſtigen oder ſittlichen Unterordnung, auch wenn der Unterricht nicht berufsmäßig, ſondern freiwillig und ohne Entgelt erteilt wird; zit. RG. E. 10 345 ſowie IV 29. März 95 E. 27 129, das zugleich zutreffend ausführt, wie der Lehrherr i. S. der GewerbeO. §§ 126 f. dann auch als „Lehrer" des Lehrlings anzuſehen ſei, wenn er die Unterweiſung u. Ausbildung des Lehrlings der Regel nach perſönlich leite, ohne ſie einem Vertreter zu übertragen; wohl nur mit dieſer Beſchränkung wird RG. I 2. März 99 E. 32 59 zu verſtehen ſein, wenn es ausſpricht, in einem unter die zitt. Beſtimmungen der GewerbeO. fallenden Lehrlingsverhältnis nehme der Lehrherr unbedingt die Stellung eines „Lehrers" ein (i. c. wird freilich erwogen, daß der Name „Lehrling" nicht ohne weiteres entſcheidend ſei, indem z. B. Kellnerlehrlinge keineswegs unbedingt Lehrlinge i. S. der GewerbeO. ſeien, vielmehr unter Umſtänden lediglich jugendliche gewerbliche Arbeiter). Im Anſchluß an das zit. E. 27 129 iſt auch angenommen, daß ein Kaufmann zu ſeinen minderj. Lehrlingen im Verhältnis eines Erziehers (β) und Lehrherrn ſtehe; RG. IV 2. Juli 01 E. 34 311.

β) Unter „Erzieher" (vgl. §§ 181[2], 247[1], 263[4]) iſt, wie die Gegenüberſtellung mit „Lehrer" ergibt, eine Perſon zu verſtehen, der die ganze — wenn auch nicht ausſchließliche — Leitung der Erziehung anvertraut iſt (Hälſchner 2 277), wodurch nicht ausgeſchloſſen iſt, daß mehrere Erzieher im Koordinations- oder Subordinationsverhältnis zuſammenwirken; RG. IV 10. Juli 96 E. 29 49. Berufsmäßigkeit iſt auch hier kein unbedingtes Erfordernis; ſo das zit. RG. E. 27 129, offenbar in Erläuterung des Sinnes der Ausführung am Schluſſe des Urteils RG. I 27. Apr. 82 E. 6 233; vgl. aber wiederum das zit. RG. E. 29 49, welches das Merkmal der Berufsmäßgkt. wiederholt; ebenſo I 20. Juni 98 E. 31 203, das jedoch mit Recht das Erfordernis der „Gewerbsmäßgkt." ablehnt.

Mit der Eigenſchaft eines „Erziehers" kann die eines Dienſtherrn verbunden ſein; zit. RG. E. 31 203 (eine zur Zwangserziehg. übergebene jugendl. Perſon wurde vor Aufhebung jener vertragsmäßig Dienſtbote des Erziehers). Dsgl. natürlich diejenige eines Lehrherrn, obſchon nach dem eingangs zu β Bemerkten keineswegs jeder Lehrherr zugleich „Erzieher" iſt; Berlin 1. März 76, Dresden 3. Dez. 77, St. 6 313, 8 212; nur unter beſonderen Umſtänden kann er auch als ſolcher anzuſehen ſein, wobei die häusliche Gemeinſchaft mit ins Gewicht fällt (zit. RG. E. 27 129), wenn ſie auch keineswegs für ſich allein als entſcheidend anzuſehen iſt; das zu α zit. RG. E. 32 59 (das freilich die Ausführungen des vorzit. RG. über das Pflegkindſchaftsverhältnis unzutreffend auf das Verhältnis des Erziehers zum Zögling bezog); ausſchlaggebend iſt die konkrete Geſtaltung des Lehrverhältniſſes, ob nämlich dem Lehrherrn neben der Pflicht zur Ausbildung des Lehrlings auch das Recht und die Pflicht obliegt, die geſamte Lebensführung des Lehrlings zu leiten und zu überwachen; RG. IV 26. Nov. 01 E. 35 10; ähnlich RMG. II 17. Okt. 03 E. 6 81 (Stubenälteſter einer mit Schiffsjungen belegten Stube als deren Erzieher, weil die ihm obliegende Überwachung des moraliſchen Verhaltens der Jungen auf der notwendigen Vorausſetzung der Leitung der moraliſchen Entwickelung der Zöglinge in regelmäßiger Fortſetzung beruhe). Ein Zuchtrecht wird für den Erzieher begrifflich nicht erfordert; zit. RG. 34 311 (ein ſolches fehle dem kaufm. Lehrherrn, dem aber nach HGB. § 76 neben der Sorge für die Unterweiſung die Pflicht obliege, den Lehrling zur Arbeitſamkeit u. zu guten Sitten anzuhalten).

Digitized by Google

c) Die „Schüler und Zöglinge" (wg. letzterer vgl. das zu bβ zit. RMG. E. 6 81, das „Schiffsjungen" der Kais. Marine als „Zöglinge" ansah), müssen noch „minderjährig" (§ 65 N. 4) sein; wegen Vollendung der Minderjhrgkt. vgl. § 55 N. 3. In subjektiver Beziehung muß der Täter die Minderjhrgkt. kennen, doch genügt Eventualdolus (§ 59 N. 6). Beichtkinder sind weder Schüler noch Zöglinge (so die GM.), dagegen sind den Konfirmandenunterricht besuchende Kinder „Schüler" (s. o. unter a).

d) Was die Frage betrifft, unter welchen Voraussetzungen ein Verhältnis vom „Lehrer" (bα) zum „Schüler" (c) vorhanden sei, so nimmt RG. II 2. Nov. 00 E. 33 423 (aM. OAA.) unter Bezugnahme auf das zu b zit. E. 10 345 an, es bilde eine Verpflichtung des Schülers zum Besuch des Unterrichts kein Kennzeichen des Verhältnisses, woraus folge, daß das Bestehen einer Machtbefugnis des Lehrers bzw. der Schulbehörde zur Erzwingung des Besuchs ohne entscheidende Bedeutung sei, vielmehr das tatsächl. Bestehen des Unterordungsverhältnisses den Ausschlag gebe.

Zu § 174 Nr. 2, 3. N. 15—17.

15) Im Falle der Nr. 2 sind stets „Beamte" Subjekte des Verbr., in dem der Nr. 3 können sie es sein; vgl. deshalb § 359. Eine erweiternde Auslegung dieses Begriffs gegenüber der für das StGB. gegebenen Legaldefinition ist hier sowenig wie anderswo (§ 155 N. 6₄) statthaft. So: RG. I 22. Dez. 81 E. 5 418 (btr. Nr. 2), III 13. Nov. 84 N. 6 711 (btr. Nr. 3), Binding Lb. 1 198, v. Liszt S. 374, H. Meyer S. 741, Meves HH. 3 960, Rubo N. 17. AM. für die Nr. 2, 3: v. Schwarze N. 13, 17; für die Nr. 3: Geyer 2 32, Hälschner 2 237, 794, Oppenh.-D. N. 12, Rüd.-St. N. 11. Gerade der von letzterem bezeugte Umstand, daß angesichts der „von Beamten und anderen Bedienfteten" sprechenden Fassung des BayerStGB. v. 1861 Art. 213 eine anderweitige Redaktion erwogen worden sei, steht der von ihm vertretenen Auffassung entgegen. Wenn Nr. 3 von „beschäftigten oder angestellten" Beamten spricht, so erklärt diese Fassung, auf die Hälschner 2 1028 N. 1 besonderes Gewicht legt, gegenüber der des § 359 („auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellt") sich dadurch, daß es im Falle des § 174³ nicht darauf ankommt, ob der Beamte an dem Gefängnisse 2c. angestellt ist oder ob er, anderswo angestellt, daselbst nur nebenbei beschäftigt wird.

Der § 4¹ (das. N. 10c) findet im Fall der Nr. 2 stets, in dem der Nr. 3 dann, wenn ein „Beamter" Subjekt des Verbr. ist, Anwendung.

16) „Beamte" (N. 15) einerseits, „Personen, gegen welche sie eine Untersuchung zu führen haben o. welche ihrer Obhut anvertraut sind" andererseits.

a) Wegen Untersuchung vgl. § 158 N. 3; sie braucht keine „gerichtliche" zu sein, vielmehr kommt auch eine staatsanwaltschaftl. o. polizeil. in Betracht; so die GM.

b) „Obhut" bezeichnet hier, wie im § 221, eine mit der Pflicht der Aufsicht verbundene Fürsorge, vermöge deren ein Schutzverhältnis zwischen dem, der die Obhut ausübt, und dem, dem sie zuteil wird, besteht; auch hier liegt also ein Autoritätsverhältnis (N. 1) insofern vor, als der der Obhut Unterstellte in eine gewisse Abhängigkeit zu dem die Obhut Übenden tritt; RG. II 4. Juni 89, I 8. Juli 95, E. 19 255, 27 343, beide ein solches Verhältnis bejahend zwischen dem Hausvater eines Armenhauses und einer in dasselbe, wg. Obdachlosigkeit, wenn auch nicht zur völligen Armenverpflegung aufgenommenen Person, bzw. zwischen einem Amtsrichter als Gefängnisvorsteher und den in Haft befindlichen Gefangenen, während ein solches mit Oppenh.-D. N. 14 u. v. Schwarze N. 16 z. B. zwischen einem einen Postwagen allein führenden Postillon u. den Passagieren zu verneinen ist. Die „Obhut" ist hier als eine amtliche aufzufassen; so die GM., insbs. Berlin 9. Nov. 75 St. 5 311.

c) Das „der Obhut Anvertrauen" setzt im Gegensatz zum „unter Obhut Stehen" des § 221 voraus, daß die Obhut nicht durch eine natürliche, sondern durch eine besondere Vertrauenspflicht entstanden sei (Goltd. Mat. 2 392), d. h. daß die Obhut unter dem Vertrauen eingeräumt sei, der Beamte werde seine dadurch begründete Autorität (b) nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen (§ 246 N. 23). Im übrigen kommt darauf nichts

Digitized by Google

an, ob das „Anvertrauen" durch die in das Abhängigkeitsverhältnis getretene Person selbst oder durch jemand anders geschehen sei; Oppenh.-D. N. 14.

d) Daß nur solche u. H. in Betracht gezogen werden sollen, die mit der Ausübung der Obhut in unmittelbarer Beziehung stehen, ist weder aus dem Wortlaute, noch dem Zwecke der Vorschrift zu entnehmen; deshalb fallen auch solche u. H. unter diese, die bei Fortdauer des Obhutsverhältnisses außerhalb der eigentlichen Obhutsstätte vorgenommen werden; zit. RG. E. 19 255.

17) „Beamte, Ärzte o. andere Medizinalpersonen, welche in Gefängnissen o. in öffentlichen, zur Pflege von Kranken, Armen o. anderen Hilflosen bestimmten Anstalten beschäftigt oder angestellt sind" einer-, „die in das Gefängnis o. in die Anstalt aufgenommenen Personen" andererseits.

a) Subjekte des Verbr. sind die „Beamten" (N. 15) o. „Ärzte" (GewerbeO. §§ 29, 147[3]) o. „Medizinalpersonen" nur insofern, als sie „beschäftigt" (d. h. eine regelmäßige, wenn nicht dauernde, so doch stetig wiederkehrende Tätigkeit ausüben; RG. III. 21. Mai 94 E. 42 139) o. „angestellt" sind gerade in demjenigen Gefängnisse 2c., wo die btr. Person aufgenommen ist, so daß z. B. u. H. eines Gefängnisarztes mit der Gefangenen eines anderen Gefängnisses, als bei dem er angestellt ist, aus Nr. 3 nicht strafbar sind. Unter „Medizinalpersonen", die übrigens hier nicht, wie in den Fällen der §§ 277 f. approbierte zu sein brauchen, sind die mit Ausübung der Heilkunde befaßten Personen zu verstehen; ob die Person mit der Ausübung der Heilkunde in vollem oder nur in beschränktem Umfange befaßt ist, ob sie dies im Gegensatz zu den Ärzten, die an sich vor allem zu den Medizinalpersonen gehören (vgl. „Ärzte oder andere Medizinalpersonen"), nur in untergeordneter Weise tut (als sg. unter- o. niederärztliches Personal, wie z. B. die Bader, derentwegen § 277 N. 1, aE. zu vergleichen), ist gleichgültig; RG. FS. 24. Aug. 98 E. 31 246. Das Dienst- o. Wartepersonal gehört, da Krankenpflege nicht Ausübung der Heilkunde ist, an sich nicht zu den Medizinalpersonen, jedoch können Krankenwärter im Einzelfalle mit Verrichtungen betraut sein, deren Ausübung sie als solche erscheinen lassen, wie sie unter Umständen nach den maßgebenden Landesgesetzen u. Reglements auch Beamte sein können; zit. RG. E. 31 246 (251); rechtsgrundsätzlich ist bei ihnen die Beamteneigenschaft nicht zu verneinen, was auch das N. 15 zit. RG. N. 6 711 nicht tut.

α) „Gefängnis" ist sowenig technisch zu verstehen wie „Gefangenanstalt"; vgl. §§ 16 N. 4, 120 N. 4.

β) Die „Kranken- 2c. Anstalten" müssen „öffentliche" sein. Indem der Ausdruck „Anstalt" offenbar mehr das Institut als solches wie das es aufnehmende Gebäude im Sinne hat, handelt es sich hier auch nicht, wie etwa im § 116 (das. N. 2a), um die Öffentlichkeit des Ortes, sondern es sind vielmehr unter „öffentlichen Anstalten" solche zu verstehen, die aus öffentlichen Mitteln unterhalten werden. Privat-Kranken- 2c. Anstalten, deren Unternehmer nach GewerbeO. § 30 einer Konzession bedürfen, gehören deshalb keinesfalls hierher. Richtig ist dagegen, wie Rüd.-St. N. 11 bemerkt, daß die öffentl. Anstalten nicht notwendig dem Staate oder der Gemeinde gehören müssen; sie können vielmehr selbst Korporationsrechte haben, ja auch „auf Privatwohltätigkeit beruhen", indem die durch solche aufgebrachten Gelder einem öffentlichen Zwecke gewidmet sind.

b) Objekte des Verbr. — im körperlichen S. — sind die in ein Gefängnis o. in eine solche Anstalt als Gefangene o. Pfleglinge aufgenommenen Personen, nicht aber auch solche, die in deren Räumen aus anderen Gründen, z. B. als Angestellte, Aufnahme gefunden haben; Villnow GS. 30 132. Die in diesem Sinne aufgenommenen Personen sind aber gegen die als Subjekte bezeichneten Personen unter allen Umständen geschützt, so z. B. gegen den Anstaltsarzt auch die Gefangenen, die nicht in seiner Behandlung stehen; v. Schwarze N. 19.

Versuch; Teilnahme; Idealkonkurrenz; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 18—22.

18) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist, trotz des weiten Begriffs der u. H. (N. 4 f.), denkbar; aM. Baumgarten Versuch S. 417, weil erst die Vornahme der H. selbst die Absicht der Begehung erkennen lasse, mit ihr jedoch die Vollendung gegeben sei.

Digitized by Google

19) Im Falle einer Anstiftung oder Beihilfe (§§ 48, 49) zu einem Verbr. aus § 174 findet § 50 (das. N. 2a) keine Anwendung, weil das persönliche Verhältnis des Täters zu der Person, mit der er die unzüchtigen Hdlgen vornimmt, nicht strafschärfend, sondern strafbegründend wirkt.

20) Bei wiederholten unzüchtigen Hdlgen mit derselben Person wird nach Umständen eine fortgesetzte strafb. Hdlg. (§ 73 N. 6 ff.) anzunehmen sein, worauf bereits durch den Gebrauch des Pluralis (N. 10) hingewiesen wird; so: v. Liszt S. 238, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 9, Billnow GS. 30 133; aM. Binding Lb. 1 199, es liege stets fortges. Verbr. vor.

Wegen Idealkonk. (§ 73) der Nr. 1 mit § 173 s. o. N. 11.

21a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—5 J. (§ 14_2). Die für den Fall mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstrafe ist Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16).

Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. u. Ges. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 18) ist nach §§ 44 ff. (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

22) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73^2.

§. 175.

Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Thieren begangen wird, ist mit Gefängniß zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 143. Entw. I § 152, II § 173.

Vgl. BGB. § 1565.

1) Bei der gegen das Gutachten der PrWissenschaftl.Deput. f. Medizinalwesen (vgl. Nr. 4 der Anl. 3 z. d. Mot.) erfolgten Aufnahme des § 175 in das RStGB. wollte der Entw. — ausweislich der Motive — „die auf die Sodomie und Päderastie im PrStGB. angedrohte Strafe aufrecht" erhalten. Nach der Entstehungsgeschichte des entsprechenden § 143 des PrStGB. unterliegt es keinem Zweifel, daß nur die sodomia propria, nicht aber die impropria, unter Strafe gestellt werden sollte, und zwar nach ihren beiden Richtungen ratione sexus und ratione generis; das PrStGB. hatte bei der ersteren Richtung „hauptsächlich nur die Päderastie im Auge" (Goltd. Mat. 2 293 f.); die PrPraxis folgte der gesetzgeberischen Intention; vgl. Oppenh. PrStGB. § 143 N. 1.

2) „Widernatürliche Unzucht" ist, wie aus N. 1 folgt, nicht mit „widernatürlichen unzüchtigen Hdlgen" (§ 174 N. 4 ff.) gleichbedeutend, bezeichnet vielmehr, was durch das Wort „zwischen" klargestellt wird (RG. I 3. Feb. 90 E. 20 225), eine zum Zwecke der naturwidrigen Befriedigung des Geschlechtstriebes (mindestens des einen Teiles) dem natürlichen Beischlafe (§ 173 N. 1) ähnliche Hdlg. (RG. III 28. Mai 88 N. 10 416), aber auch nicht mehr, weshalb speziell bei der Unzucht mit Tieren eine Verschiedenheit des Geschlechtes des Täters und des Tieres nicht erfordert wird; RG. I 13. Jan. 81, II 15. Nov. 92, E. 3 200, 23 289. In den beiden vom Gesetze allein berücksichtigten Fällen (mas cum mare und homo cum bestia) ist also die Befriedigung des Geschlechtstriebes nicht bloß durch immissio penis bzw. seminis in einen Körperteil der anderen männlichen Person bzw. des Tieres möglich, sondern auch durch andere beischlafsähnliche Hdlgen, wobei gleichgültig, ob die Einführung des Geschlechtsteiles der einen Person in den Körper (insbs. Mund) der anderen von jener selbst oder von dieser herbeigeführt wird (zit. RG. E. 20 225). So allgemein: Binding Lb. 1 204, v. Liszt S. 386 (diese jedoch unter Beschränkung auf Beischlaf u. coitus per anum), Frank N. II, Rubo N. 1, 2; speziell btr. der Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts: RG. II 23. Apr. 80 E. 1 395, Binding Hb. 1 700, Geyer 2 33, Oppenh.-D. N. 2; speziell btr. der Unzucht mit Tieren zit. RG. E. 23 289. Auch stehen das zit. RG. E. 3 200 sowie III 5. März 81 N. 3 113 nicht entgegen; denn es kam in den fr. Fällen nicht auf die Begrenzung der Hdlg. in objektiver Beziehung an, vielmehr wurde in subjektiver Beziehung eine auf Erregung o. Befriedigung des Geschlechts-

Digitized by Google

triebes gerichtete Hdlg., gleichgültig ob der Wollusttrieb befriedigt wurde oder nicht, bzw. eine wollüstige Absicht mit Recht für ausreichend erachtet. Darüber, was unter einem „beischlafsähnlichen" Akte zu verstehen, vgl. RG. IV 19. Dez. 02 E. 36 32 (falls auf seiten des aktiven Teils eine Entblößung des männl. Gliedes nicht stattgefunden, werde, von bes. Ausnahmefällen abgesehen, ein solcher Akt nicht anzunehmen sein).

Dagegen scheiden alle anderen Hdlgen, die als beischlafsähnliche sich nicht bezeichnen lassen, für den Tatbestand des § 175 aus; so: RG. III 24. Apr., I 20. Sept. 80, II 25. Apr. III 17. Mai 82, R. 1 662, E. 2 237, 6 211, R. 4 493, Berner S. 461, Hälschner 2 240, v. Liszt aO., H. Meyer S. 746, Oppenh.-D. N. 2; aM.: Schütze S. 399 N. 17, v. Schwarze N. 2 A. 7. Allerdings muß es, wie dem Anonymus ZStrW. 12 37 zuzugeben ist, als eine ungerechtfertigte Folgewidrigkeit angesehen werden, wenn die auf dem obigen Standpunkte stehende Judikatur u. Literatur die Beischlafsähnlichkeit bezüglich der durch einen Dritten an einem anderen verübten Onanie (manustupratio, masturbatio), insbs. auch der wechselseitigen, verneint; denn die charakteristische Einführung des Gliedes in einen fremden Körperteil findet auch hier statt. Doch liegt die Abgrenzung dessen, was „beischlafsähnlich" ist (s. o. Abs. 1 aE.), wesentlich auf tatsächlichem Gebiete; vgl. RG. I 8. Jan. 98 G. 46 112, es sei wesentlich Sache der tatsächl. Feststllg., ob, falls der Körper des Gemißbrauchten an der btr. Stelle nicht entblößt war (§ 174 N. 7), gleichwohl ein Mißbrauch des Körpers des anderen stattgefunden habe. Angenommen ist der Tatbestand namentl., falls ein Mann den Geschlechtsteil eines anderen in seinen Mund nimmt; RG. zitt. N. 10 416, E. 20 225, II 29. März 01 E. 34 245.

Von einem vollendeten Verg. aus § 175 kann hiernach keine Rede sein, wenn nicht einmal eine körperliche Berührung des passiven Teiles stattgefunden hat (so btr. der Unz. mit Tieren: RG. I 30. Okt. 82 R. 4 775, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 2), während, wie oben durch die Bezugnahme auf § 173 N. 1 angedeutet wurde, die Erreichung des Geschlechtsgenusses durch Samenerguß zur Vollendung nicht erforderlich ist (RG. zit. E. 3 200, I 3. Feb. 90 E. 20 225).

3) Beide Teilnehmer der sodomia ratione sexus sind strafbar, auch der sich nur hingebende, und dieses selbst dann, wenn er Befriedigung des Geschlechtstriebes nicht suchte; so die GM., insbs. RG. II 29. März 01 E. 34 245 (obschon U. nicht denkbar, ohne daß wenigstens ein Teil in wollüstiger Absicht handle). Nur aus besonderen Gründen, z. B. wegen kindlichen Alters, kann Straflosigkeit des leidenden Teiles eintreten. Denkbar sind aber auch solche Fälle, in denen er in keiner Weise an dem Verg. mitwirkend beteiligt, sondern lediglich dessen Objekt ist; so namentl., wenn die U. ohne Wissen und Willen oder bei Unzurechnungsfähigkeit des leidenden Teiles verübt wurde (RG. II 21. März 81 R. 3 151, I 3. Feb. 90 E. 20 225), oder wenn der Täter den Geschlechtsteil eines Schlafenden in seinen Mund einführt (die N. 2_2 zitt. R. 10 416, E. 20 225). Hiernach liegt auch beim § 175 ein Fall der sog. notwendigen Teilnahme (E. I Abschn. 3 N. 11) nicht vor (§ 172 N. 3); aM. Schütze Notw. Teiln. S. 365. Insofern begründet auch die verschiedene Ausdrucksweise „zwischen Personen" u. „mit Tieren" keinen sachlichen Unterschied; vgl. dagegen RG. II 21. März 81 R. 3 151 u. RMG. II 19. Okt. 01 E. 2 36, die Verschiedenheit sei daraus abzuleiten, daß bei der sodomia ratione sexus der aktive u. der passive Teilnehmer mit Strafe bedroht werden sollten, bzw. bei der s. r. generis das Verg. auch in einseitigen Hdlgen des Menschen am Körper des Tieres gefunden werden könne.

4) Der Versuch des Verg. ist nicht für strafbar erklärt und deshalb nach § 43_3 straflos. Die Ansicht, daß der Tatbestand an sich auch bloße „Versuchshdlgen" umfasse (Berlin 4. Jan. 71 O. 12 5), ist nicht richtig (so auch Hälschner 2 240), obschon widernatürliche Unzucht so gut wie die eine Beischlafsvollziehung erfordernden Delikte (§ 173 N. 1) ohne emissio seminis, also ohne völlige Befriedigung des Geschlechtstriebes, vollendet sein kann; Berlin 10. Feb. 75 O. 16 116. Dieser Umstand ist aber nicht damit identisch, daß bloße Versuchshdlgen den Tatbestand erfüllten; vgl.: Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 2.

5) Darüber, inwiefern wiederholte Fälle der widernatürlichen U. ein fortgesetztes Verg. bilden können, vgl. § 73 N. 10Ia.

Digitized by Google

Mit § 176³ kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden.

6) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16), neben der als Nebenstrafe nach dem Schlußsatze i. V. mit § 35 VbER. erkannt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 176.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1) mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nöthigt;
2) eine in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustande befindliche oder eine geisteskranke Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht, oder
3) mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 144 Abs. 1. Entw. I § 153 Abs. 1, II § 174. StB. S. 641—644, 1171. Entw. d. StGN. Art. I § 176. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 800 f.

Vgl. § 178.

1) Wg. „unzüchtiger Handlungen" in den Nr. 1 u. 3 vgl. § 174 N. 2 ff.

2) In den Fällen der Nr. 1 u. 2 richtet die strafb. Hdlg. sich gegen eine „Frauensperson". Dieser Ausdruck bezeichnet lediglich eine Person weiblichen Geschlechts; Mannheim 11. Sept. 75 St. 5 313, H. Meyer S. 744, Oppenh.-D. N. 3. Gleichgültig ist, ob sie beschollen o. unbeschollen, ob sie verheiratet o. unverheiratet ist; so bezüglich des ersteren Punktes die GM., bezüglich des zweiten: Berlin 23. Feb. 76 O. 17 136, Meves N. 3b.

Aber auch das ist gleichgültig, ob die Person bereits mannbar oder noch unentwickelt, insbs. noch unter 14 J. ist; so: zit. Berlin O. 17 136, H. Meyer 744 u. Meves aO., Wertheimer Mischgesetze S. 42; aM.: Hälschner 2 223, 227, v. Schwarze N. 4, noch nicht 14 j. Kinder weibl. Geschlechts seien nicht gemeint; ersterer stützt sich dabei nicht nur auf den herrschenden Sprachgebrauch, sondern namentl. auch darauf, daß nur unter solcher Voraussetzung das Verhältnis der Nr. 1 zur Nr. 3 sich erkläre (s. jedoch N. 2a), sowie daß die Fassung der Nr. 1 u. 2 offenbar eine geschlechtsreife Person voraussetze. Allein letzteres erscheint für die Nr. 1 völlig unbegründet, aber auch für die Nr. 2 nicht richtig. Denn die „Beischlafsvollziehung" (§ 173 N. 1), um die es hier sich handelt (N. 8), erfordert als Objekt begrifflich nur eine Person weiblichen Geschlechts von solcher Körperbeschaffenheit, daß ihre Geschlechtsteile das Eindringen des männlichen Gliedes gestatten; Geschlechtsreife bzw. ein Alter über 14 J. ist hiernach zur Beischlafsvollziehung nicht erforderlich; RG. I 17. März 81 E. 4 23 (btr. § 177, dessen N. 3 zu vergleichen).

Zu § 176 Nr. 1. N. 3—7.

3) Als Subjekt des Verbrechens aus Nr. 1 ist an sich ein jeder denkbar, also eine Manns- o. Frauensperson; so die GM.; aM. Schütze S. 340, nur eine Person männl. Geschlechts. Streitig ist jedoch, ob speziell der Ehemann dieses Verbr. an seiner Ehefrau sich schuldig machen könne; die Frage wird namentl. im Hinblick auf § 177 verneint, weil danach die Notzucht unter Eheleuten ausgeschlossen sei; dieser Grund ist jedoch nicht durchschlagend, weil der Beischlaf unter Eheleuten der Regel nach keine „unzüchtige Hdlg." ist, während andere an sich u. H. unter Eheleuten recht wohl denkbar sind; gegen solche Hdlgen, die auch unter Eheleuten unzüchtig, gewährt Nr. 1 einer Ehefrau selbst gegenüber ihrem Ehemanne Schutz. So: Berner S. 462, Binding Lb. 1 202, Geyer 2 30, v. Liszt

Digitized by Google

S. 372, H. Meyer S. 744, Schütze S. 340 N. 20, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 14, Rüd.-St. N. 1. AM.: Meves N. 3b, Göb G. 27 419.

4) Wegen des Erfordernisses der ersten Alternative der Nr. 1 btr. „die Vornahme unz. Hdlgen an einer Frauensperson" vgl. § 174 N. 9.

5) Die u. H. müssen „mit Gewalt" vorgenommen werden und zwar muß die Gewalt, da die u. H. „an einer Frauensperson" stattfinden, notwendig gegen die Person selbst sich richten, was hier eines besonderen Ausdruckes nicht bedurfte; Frank N. 1, Villnow Raub S. 20. Mit dieser Maßgabe ist deshalb wegen des Begriffes der „Gewalt" § 113 N. 23a zu vergleichen. Infolge der Zusammenstellung der „Gewalt" mit der „Nötigung durch Drohung" gilt aber auch das zum § 106 N. 3 Bemerkte, so daß Gewalt nur von vis absoluta und der als physischer Zwang sich äußernden vis compulsiva zu verstehen ist; aM. Hälschner GS. 35 9 (hier, wie im § 240, nur vis absoluta).

Übrigens genügt auch hier, wo — anders als im Falle des § 177 (das. N. 4) — die direkte Vornahme u. H. „durch Gewalt" in Frage steht, keineswegs, daß lediglich gewaltsame unzüchtige Hdlgen vorgenommen werden. Es muß vielmehr durch die Gewalt ein der Vornahme u. H. voraussichtlich oder tatsächlich entgegengesetzter Widerstand überwunden werden sollen; denn anderenfalls würde die Gewalt, etwa aus Mutwillen unternommen, nur zufällig mit der Vornahme u. H. zusammentreffen, nicht aber das Mittel sein, womit letztere vorgenommen wurden. So: Dresden 2. Juni 76 St. 7 72, Berner S. 462, Hälschner 2 223, Schütze S. 336, v. Schwarze N. 5 u. HH. 3 308; vgl. auch Villnow GS. 30 141.

Die Überwindung des Willens der Frauensperson durch die Gewalt, und zwar behufs der Vornahme u. H. (RG. III 11. Nov. 95 E. 27 422, das deshalb mit Recht die Benutzung einer an Dritten ohne eigene Mitverschuldung des Täters verübten Vergewaltigung nicht für ausreichend hält), ist stets notwendig; war die „vis haud ingrata", so lag kein ernstlicher Gegenwille und somit der Deliktstatbestand nicht vor; so die GM. Es erscheint dagegen nicht erforderlich, daß tatsächlich Widerstand geleistet sei; denn der Wille kann durch das Übermaß der vom Täter sofort aufgewandten Gewalt von vornherein überwunden sein; so: Hälschner 2 223, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze § 177 N. 6; aM. Meves N. 3d.

6) Die zweite Alternative des Mischtatbestandes der Nr. 1 erfordert „Nötigung einer Frauensperson zur Duldung unzüchtiger Hdlgen durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben".

Der Täter muß hiernach behufs Erfüllung des Tatbestandes der „Nötigung" (vgl. § 52 N. 2) durch das näher bestimmte Mittel der Drohung (N. 7) für die Frauensperson eine Notlage geschaffen haben, die zur „Duldung" der u. H. führte.

Das Wort „Duldung" (vgl. auch Nr. 3 sowie § 177) ist in den §§ 240, 253 mit „Handlung" und „Unterlassung" zusammengestellt; es fragt sich aber, ob „Duldung" von „Unterlassung" sich unterscheiden lasse. Den „Handlungen" stehen logisch die „Unterlassungen" gegenüber; so: Binding Normen 2 525, Geyer HH. 3 574, H. Meyer S. 505, Bruck Verbr. gg. d. Willensfrht. S. 55 N. 29, Herbst G. 26 42; aM.: Berlin 22. Juni 78 O. 19 328, Hälschner 2 119 u. GS. 35 6 f., Villnow G. 24 122, Katz GS. 31 428, John, Wahlberg, ZStrW. 1 243, 2 177 ff. Die „Duldung" bildet daher nur eine Unterart der „Unterlassung"; man hat nun zwar (vgl. Hälschner aO. u. v. Liszt S. 356) begrifflich dennoch zwischen Unterlassungen i. e. S. und Duldungen unterschieden, indem man auf den Grund Gewicht legt, weshalb eine Unterlassung stattfindet, derartig, daß man das „Nicht-Handeln" als Ergebnis eines Müssens als „Dulden", dagegen als Ergebnis eines, wenn auch erzwungenen, Entschlusses als „Unterlassen" bezeichnet. In diesem Sinne unterscheidet jedoch das StGB. selbst nicht; dem steht schon § 365$_3$ entgegen, aber auch im § 176 selbst die Wendung „Verleitung zur Duldung" (N. 17b), die gerade eine Einwirkung auf den Willen des zu Verleitenden voraussetzt; richtiger erscheint es hiernach, anzunehmen, daß mit „Duldung" eine Unterlassung bezeichnet werde, die dem freien Willen bzw. dem Interesse des Duldenden widerspricht (ähnlich schon in der 1. Aufl. N. 5$_2$).

Gleichgültig ist, ob die zu erduldenden unzüchtigen Hdlgen von dem Nötiger selbst oder von

Digitized by Google

einem anderen vorgenommen werden; so: Hälschner 2 224, v. Schwarze N. 7a; aM. Binding LB. 1 202.

7) Die „Drohung" (§ 48 N. 11a) muß eine solche „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" (§ 52 N. 8 f.) sein. Abweichend vom Falle des § 52 ist aber nicht hinzugefügt „seiner selbst oder eines Angehörigen" und deshalb anzunehmen, daß nur eine für Leib oder Leben der genötigten Frauensperson selbst Gefahr bringende Drohung in Betracht komme; Geyer 2 30, Hälschner 2 224, H. Meyer S. 745, Oppenh.-D. N. 13, Rüd.-St. N. 4. Dies kann auch da zutreffen, wo eine unmittelbar einem Dritten gemachte Drohung wenigstens mittelbar als eine solche gegen die Frauensperson selbst erscheint; Schütze S. 336 N. 10, 340 N. 20, v. Schwarze N. 6.

Bei einer Drohung „mit gegenwärtiger Gef. f. L. o. L." (vgl. auch § 255) ist übrigens die „gegenwärtige Gef. f. L. o. L." das seitens des Drohenden in Aussicht gestellte Übel; demgemäß braucht für den Bedrohten eine solche Gefahr nicht wirklich vorzuliegen und genügt deshalb zur Erfüllung des Tatbestandes eine auf Abgabe eines Schusses gehende Drohung mit ungeladenem Gewehr, falls es als geladenes ausgegeben wurde.

Zu § 176 Nr. 2. N. 8—14.

8) Im Falle der Nr. 2 — der sog. unfreiwilligen Schwächung o. Schändung — handelt es sich nicht allgemein um „unzüchtige Hdlgen", sondern speziell um „Vollziehung des Beischlafs" (§§ 173 N. 1, 174 N. 7) und zwar des „außerehelichen".

„Außerehelich" ist der Beischlaf, wenn er stattfindet entweder zwischen Personen, die niemals miteinander verheiratet waren, oder zwischen solchen, deren früher geschlossenes Eheband durch rechtskräftiges gerichtliches Urteil gelöst oder deren ehel. Gemeinschaft gemäß BGB. § 1575 aufgehoben ist; ebenso in letzterer Beziehung Seckel Aufhebung der ehel. Gemeinschaft S. 373. Nach BGB. § 1586 muß auch in solchem Falle der Frau gegenüber dem Manne der volle Schutz für ihre geschlechtl. Ehre zugestanden werden.

9) Objekt des Verbr. aus Nr. 2 kann, abgesehen von der eigenen Ehefrau des Täters (N. 8), jede „Frauensperson" (N. 2) sein, die z. B. der Beischlafsvollziehung in einer Lage sich befand, in der sie eine freie Einwilligung in jene nicht erteilen konnte, weil sie entweder „in einem willenlosen o. bewußtlosen Zustande" sich befand (N. 10) oder „geisteskrank" (N. 11) war.

10) Der „willenlose o. bewußtlose Zustand" der Frauensperson kann möglicherweise vom Täter selbst herbeigeführt sein; tat er solches aber vorsätzlich zum Zwecke der Beischlafsvollziehung, so findet nicht § 176², sondern § 177 (das. N. 5) Anwendung.

Eine alternative Feststellung bezüglich des Zustandes ist zulässig, da das Gesetz beide bezeichneten Zustände als bloße Modalitäten der Hdlg. einander gleichstellt (§ 48 N. 9); RG. III 28. Jan. 82 N. 4 86, Ostern Alternativität S. 154, Wertheimer Mischgesetze S. 42.

a) Ein „willenloser Zustand" der Gemißbrauchten liegt vor, wenn sie (abgesehen von dem Falle der Bewußtlosigkeit; s. b) einen Willen überhaupt nicht hatte, entweder nur aus physischen Gründen, wie völlige Erschöpfung, oder aus psychischen, wie Schrecken, oder wenn sie ihren Willen nicht äußern konnte, wie z. B. wegen Lähmung der Sprache und Gliedmaßen; dieser Fall steht dem ersteren völlig gleich, denn, was nicht in die Außenwelt zu treten vermag, besteht praktisch genommen überhaupt nicht; v. Liszt S. 373, Frank N. II, Villnow GS. 30 144. Die GM. geht weiter und rechnet zur „Willenlosigkeit" auch alle die Fälle, in denen der Betreffende seinen Willen nicht geltend machen kann, wie z. B. wegen Fesselung oder wegen Lähmung der Glieder (nicht auch der Sprache); so: H. Meyer S. 745, Schütze S. 337 N. 13, Meves N. 4b, Oppenh.-D. N. 17, Rubo N. 7. Diese, das Wort „willenlos" weit über seine eigentliche Bedeutung hinaus ausdehnend auslegende Ansicht nötigt zu der unrichtigen (N. 13) Folgerung, daß der Tatbestand des Verbr. bei erteilter Einwilligung in den Beischlaf ausgeschlossen werde, weil sonst die Notwendigkeit sich ergeben würde, jemanden, der mit einer gefesselten Frauensperson unter deren Einwilligung den außerehelichen Beischlaf vollzöge, aus § 176² zu bestrafen; richtig Geyer 2 30 u. in letzterer Beziehung auch Oppenh.-D. Dagegen versteht Hälschner 2 224, wegen des Gegensatzes zum „bewußtl. Z." (b), unter einem willenl. Z. sogar lediglich „einen Z., in

Digitized by Google

welchem weder das Bewußtsein, noch die Willensfähigkeit mangele, wohl aber die Möglichkeit, den Willen zum Zwecke der Abwehr und des Widerstandes zu äußern", so daß der Z. nur im uneigentl. S. ein willenloser genannt werden könne. Vgl. über die Frage, ob ein somnambuler (hypnotischer) Z. als ein willenloser zu erachten sei, einerseits v. Lilienthal ZStrW. 7 362, der verneint, andererseits Heberle Hypnose S. 24, der bejaht; vgl. ferner die Gutachten in: Der Prozeß Czynski (Stuttgart 1895); der Regel nach wird bloße Verführung anzunehmen sein.

b) Ein „bewußtloser Zustand" der Gemißbrauchten liegt dann vor, wenn ihr das Bewußtsein völlig fehlt (Villnow GS. 30 145), so daß der Zustand folgeweise auch gleichzeitig ein willenloser ist (Hälschner 2 224), was zu einer einschränkenden Auffassung des „willenlos" i. S. der Nr. 2 führt (s. a). Der Zustand beruht auf physischen Ursachen (z. B. Schlaf, sinnloser Trunkenheit, Ohnmacht), wenn diese auch wiederum in psychischen Umständen ihren Grund haben können (z. B. ein die Ohnmacht veranlassender Schreck).

11) Die „Geisteskrankheit" (§ 65 N. 11b) der Gemißbrauchten bildet keinen Gegensatz zu den Zuständen der Willenlosigkeit oder der Bewußtlosigkeit, die vielmehr mit Geisteskrankheit zusammentreffen können; keineswegs sind also nur solche geisteskranke Frauenspersonen gemeint, die gleichzeitig in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustande sich befinden; RG. I 30. Nov. 82 E. 7 425 (mit Recht auch „Blödsinn" hierher rechnend), Oppenh.-D. N. 16, 18, Jessen GS. 31 222. Strafbar ist vielmehr der außereheliche Beischlaf mit einer jeden Geisteskranken; so Hälschner 2 225; aM. Meves N. 4b, Strafbarkeit trete nur ein, wenn die Geisteskranke durch ihren Zustand gehindert sei, die Bedeutung und die Folgen des mit ihr vorzunehmenden Beischlafs zu erkennen und zu überlegen. Auch die Einwilligung der Geisteskranken, soweit von einer solchen im konkreten Falle überhaupt würde gesprochen werden können, hebt den Tatbestand nicht auf (N. 13); so: Hälschner 2 225 (durch die Fassung der Nr. 2 sei festgestellt, daß die Geisteskranken rechtlich in allen Fällen als willenlos zu betrachten seien), Wahlberg HRl. „Schändung"; aM. Rubo N. 8.

12) Als Subjekt des Verbrechens aus Nr. 2 ist, da es in der Beischlafsvollziehung mit einer Frauensperson besteht, nur eine Mannsperson denkbar; das Verbr. ist also insofern ein delictum proprium, eine Frauensperson deshalb nicht als Mittäterin (§ 47 N. 20), wohl aber als Anstifterin oder Gehilfin (§§ 48 N. 20, 49 N. 20) denkbar. So: Binding Lb. 1 203, Schütze S. 336 N. 10, 340 N. 20, Meves § 177 N. 3. AM.: Frank N. II, v. Schwarze § 177 N. 5, eine Frauensperson könne Mittäterin des Verbr. aus § 177, also der schweren Schändung (folgeweise auch der Schändung aus § 176 [2]) sein.

13) Das „mißbrauchen" zum außerehelichen Beischlaf wird mit Strafe bedroht. Mißbrauch (§ 48 N. 11b) steht in Anwendung auf den „Beischlaf" in einem Gegensatz zu dem, was der gem. Sprachgebrauch unter der Redewendung „eine Frauensperson gebrauchen" versteht; es bezeichnet deshalb ein besonders schlechtes, verwerfliches „Gebrauchen einer Frauensperson". Fraglich ist aber, ob der Gesetzgeber ein solches schon lediglich in den unter Nr. 2 hervorgehobenen Umständen finde, d. h. in der außerehelichen Beischlafsvollziehung mit einer Person, die eine freie Einwilligung in diese zur Zeit des Aktes nicht erteilen konnte (N. 9), oder ob es erst in dem Hinzutritt weiterer Umstände zu finden sei. Überwiegende Gründe sprechen für die Beantwortung der Frage im ersteren Sinne; zunächst die natürliche Anschauung, die unter den vom Gesetze selbst hervorgehobenen Umständen nicht anstehen wird, in der Beischlafsvollziehung einen „Mißbrauch" zu sehen; dann aber auch die Erwägung, daß das Gesetz anderenfalls einer höchst verschiedenartigen Deutung fähig wäre, da ein Anhalt, in welchen Umständen sonst ein „Mißbrauch" zu erblicken sein würde, nicht gegeben ist. So: RG. I 30. Nov. 82 E. 7 425, Geyer 2 30. Hälschner 2 225, Rüd.-St. N. 7. AM.: Binding Hb. 1 726 u. Lb. 1 203, v. Liszt S. 373, H. Meyer S. 745 N. 45, Wahlberg HRl. „Schändung", Frank N. II, Rubo N. 8 u. § 177 N. 7, Villnow, Jessen GS. 30 145 ff., 31 222, indem sie mit Rücksicht auf das Wort „mißbrauchen" den Tatbestand durch die vorherige, in verfügungsfähigem Zustande (also nicht etwa seitens einer Geisteskranken) erteilte Einwilligung in den Beischlaf für ausgeschlossen

Digitized by Google

erachten, welche Auffassung mit der obigen Ansicht sich nicht verträgt (vgl. noch N. 10a); ferner: Meves N. 4b, v. Schwarze N. 13.

14) Die Kenntnis von dem Zustande der Frauensperson (N. 9—11) seitens des Täters gehört zum Dolus (Hälschner 2 226), doch genügt Eventualdolus (§ 59 N. 6). Im schwurgerichtl. Verfahren muß die Fragestellung an den Wortlaut des Gesetzes sich anschließen; da dieses die Wissenschaft des Täters hinsichtlich der Geistesbeschaffenheit der Frauensperson als Tatbestandsmerkmal nicht ausdrücklich aufführt, so darf das subjektive Merkmal weder vom allgemeinen Gesichtspunkte des § 176, noch vom besonderen des § 59 in der Fragestellung Ausdruck finden; RG. III 1. Juli 75 E. 12 337.

Zu § 176 Nr. 3. N. 15—19.

15) Objekt des Verbr. ist im Falle der Nr. 3 „eine Person unter vierzehn Jahren", gleichgültig ob sie ein Knabe oder ein Mädchen ist, bsgl. ob sie schon verdorben war oder nicht; so: Dresden 17. Okt. 73, München 23. Juni 76, St. 3 314, 6 252, Oppenh.-D. N. 20, v. Schwarze N. 19, speziell btr. des ersteren Punktes: RG. III 14. Feb. 84 N. 6 112, Hälschner 2 226. Wegen Vollendung des 14. Lebensjahres vgl. § 55 N. 3.

Die Kenntnis davon, daß das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, gehört zum Dolus; doch genügt Eventualdolus (§ 59 N. 6); RG. IV 20. Dez. 87 N. 9 742, I 28. Apr. 84, 13. Apr. 91, E. 10 337, 21 420. Die ausdrückliche Feststellung der Kenntnis ist nur erforderlich, wenn sie von zuständiger Seite in Zweifel gezogen worden; vgl. RG. I 2., III 4. Jan. 82, N. 4 5, 9. Für das schwurgerichtl. Verfahren gilt das N. 14 Bemerkte entsprechend; das dort zit. RG. E. 12 337. Fehlte zwar die Kenntnis, daß das Kind unter vierzehn Jahren, jedoch nicht die, daß es unter sechzehn Jahren alt sei, so kann möglicherweise § 182 Platz greifen.

16) Subjekt des Verbr. aus Nr. 3 kann sowohl eine Manns- wie eine Frauensperson sein; RG. III 14. Feb. 84 N. 6 112. Im übrigen herrscht in doppelter Beziehung Streit.

a) Zunächst ist fraglich, ob auch eine noch nicht 14 J. alte Person Täter sein könne. Es ist zwar zuzugeben, daß das für die Verübung einer unz. Hdlg. notwendige subjektive Erfordernis (§ 174 N. 3) möglicherweise bei einer Person unter vierzehn Jahren vorliegen kann, und zwar auch dann, wenn diese noch nicht geschlechtsreif ist; dennoch aber wird die Frage aus dem Geiste der Strafvorschrift heraus zu verneinen sein. Wenn Personen unter 14 J. miteinander unz. Hdlgen begehen, so wird meist kein Teil lediglich leiden, sondern es werden beide Teile aktiv tätig sein; während also, falls ein Teil über 14 J. ist, der andere Teil unbedingt straflos bleibt, würden in jenem Falle beide Teile strafbar sein, obgleich noch keiner über 14 J. alt ist. So: Geyer 2 31 (zwar nicht nach dem Wortlaute, aber nach Sinn und Grund des Ges.), Hälschner 2 228 (freilich sei der wahre Grund nicht „Unzurechnungsfhgkt."), v. Liszt S. 373 N. 5 (unter Hinweis auf die absurde Folge der gegn. Ansicht, wonach Onanie zwischen 13jährigen strafbar, zwischen 15jährigen straflos sei), H. Meyer S. 743, Frank N. III b, v. Schwarze N. 21, Villnow GS. 30 130, 37 157. AM.: RG. III 18. Dez. 82, I 23. Jan. 90, E. 7 352, 20 181, Binding Lb. 1 198, Oppenh.-D. N. 25, v. Kries ZStrW. 7 529, auch Meves N. 5a, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Person unter 14 Jahren nicht mit dem „Verleiteten" (N. 17) identisch sei.

b) Weiter fragt sich, ob die Eltern eines Kindes eines Verbr. aus § 176³ sich schuldig machen können. Diese Frage ist mit Binding aO. u. Oppenh.-D. N. 19 zu bejahen. Die Verneinung würde nur durch den Hinweis auf § 173 gerechtfertigt werden können; allein abgesehen davon, daß ev. hinsichtlich aller Verwandten und Verschwägerten aufsteigender Linie dasselbe gelten müßte, so ist der Tatbestand des § 173 nur in einzelnen Punkten spezieller als derjenige des § 176³; in dem Punkte, daß letzterer als Objekt eine Person unter 14 Jahren voraussetzt, ist § 176³ spezieller als 173. Es kann hiernach von einem Ausschlusse des ersteren durch den letzteren keine Rede sein, vielmehr ist Idealkonk. (§ 73) denkbar.

17a) Von den beiden Alternativen der Nr. 3, bezüglich deren eine alternative Feststllg. für zulässig zu erachten ist (Ostern Alternativität S. 154, Wertheimer Mischgesetze S. 42), erfordert die erstere die „Vornahme unzüchtiger Handlungen" (§ 174 N. 2—7) „mit" Personen unter 14 J.; vgl. deshalb § 174 N. 9.

Digitized by Google

b) Die zweite Alternative erfordert die „Verleitung" einer Person unter 14 J. zur „Verübung" oder „Duldung" (N. 6_3) unz. Hdlgen.

α) Der Begriff der „Verleitung" (§ 141 N. 4) berührt sich mit dem der „Anstiftung" jedenfalls auch hier insoweit, als eine Einwirkung auf den Willen des Kindes dahin, unz. Hdlgen zu verüben o. zu dulden, vorausgesetzt wird; so namentl. RG. III 21. Okt. 89 E. 20 30, sachlich aber auch das § 141 N. 4 zit. RG. G. 38 442, das im übrigen übereinstimmend mit dem gleichfalls dort zit. E. 22 33 annimmt, für den Tatbestand der Nr. 3 genüge die Verleitung zu objektiv und im Bewußtsein des Verleitenden subjektiv unzüchtigen Hdlgen, während der Verleitete ein Bewußtsein der Unzüchtigkeit nicht zu haben brauche, noch weniger aber selbst aus fleischlicher Lust gehandelt haben müsse. Aus welchen Motiven das Kind dem Willen des Verleitenden sich fügt, ist gleichgültig; so genügt auch Bedrohung mit einem Verbr. (§ 240 N. 14a). Darüber, daß eine gewisse Geneigtheit des Kindes, die u. H. zu verüben o. zu dulden, die Verleitung nicht ausschließt, vgl. das § 141 N. 4 zit. RG. G. 46 48.

β) Die schlechte Beeinflussung seitens des Täters muß bewirkt haben, daß die Person unter 14 J. u. H. entweder selbständig „verübt", sei es an sich selbst, oder am Täter oder an bzw. mit einem Dritten, oder daß sie solche „duldet", d. h. an ihrem Körper erduldet; RG. II 4. Dez. 94 E. 26 278. Hierbei ist weniger an u. H., die der Täter vornimmt, gedacht, da diese meist schon nach der ersteren Alternative strafbar sein werden, sondern vielmehr an solche, die von einer dritten Person ausgehen; ausgeschlossen aber sind derartige Hdlgen des Täters begrifflich nicht; zit. RG. E. 20 30. Ob der Täter bei den von dem Verleiteten an dritten Personen oder bei den von diesen am Verleiteten vorgenommenen u. H. gegenwärtig war, ist gleichgültig; er bleibt strafbar wegen der vorhergegangenen Verleitung seinerseits. So die GM., insbs. zit. RG. E. 20 30.

18) In beiden Fällen der Nr. 3 kann, wenn dieselbe Person unter 14 Jahren das Objekt des Verbr. ist, die wiederholte Vornahme unzüchtiger Hdlgen oder die wiederholte Verleitung nach Umständen als eine fortgesetzte strafb. Hdlg. angesehen werden; vgl. § 174 N. 20.

19) Ein Versuch (§ 43) ist bei beiden Alternativen des Mischtatbestandes der Nr. 3 denkbar (§ 174 N. 18); so RG., speziell btr. Verleitung zur Verübung: III 2. Mai 98 G. 46 317 (in der Aufforderung zur Verübung u. H. könne ein Anfang der Ausführg. liegen), speziell btr. der zur Duldung: IV 20. Sept. 98 E. 31 251 (Vers. beginne bereits mit der Einwirkung auf den Willen des Kindes, um es zur Duldung zu bestimmen).

Idealkonkurrenz; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 20—22.

20) Idealkonk. (§ 73) ist möglich zwischen den verschiedenartigen Tatbeständen der einzelnen Nr. des § 176 (so Wertheimer Mischgesetze S. 42; aM. Hälschner 2 227 N. 1 btr. der Nr. 1 u. 2 im Verhältnisse zu Nr. 3), von seinem Standpunkt — o. N. 2 — folgerichtiger, insbs.

a. zwischen denjenigen der Nr. 1 u. 3 bei mit Gewalt vorgenommenen unzüchtigen Hdlgen an einer Person unter 14 Jahren; RG. IV 5. Apr. 92 G. 40 44 (das aber, wie auch Ostern Alternativität S. 154, alternative Feststllg. für möglich hält, jedoch zu Unrecht, da verschiedene Tatbestände, nicht bloße Modalitäten desselben Tatbestandes vorliegen; § 47 N. 29), Berlin 23. Feb. 76 O. 17 136, H. Meyer S. 744, Villnow GS. 30 139, 145;

b. zwischen denjenigen der Nr. 2 u. 3; Villnow aO. S. 145.

Im übrigen ist zu vergleichen wegen Idealkonk. eines Verbr. aus § 176 mit einem Delikte aus §§ 173, 174 — insbs. Nr. 1 — oder aus § 175: o. N. 16, aus § 177: das. N. 7b, aus § 185: § 73 N. 19Ib, aus § 240 das. N. 14a.

21a) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchth. von 1—10 J. (§ 14_3). Die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstrafe ist Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 19) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Digitized by Google

22) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in zehn Jahren.
Zuständig ist: im Falle der Nr. 1 u. 2 SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2–7], 136[1];
im Falle der Nr. 3 Strafk.; GVG. § 73[4].

§. 177.

Mit Zuchthaus wird bestraft, wer durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nöthigt, oder wer eine Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand versetzt hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 175.
Entw. d. StGN. Art. I § 177. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 800 f.
Vgl. § 178.

1) Der § 177 enthält zwei kumulative Mischtatbestände (Wertheimer Mischgesetze S. 43): den der sog. Notzucht, der, im Anschluß an das GR. und in Abweichung vom PrStGB., aus dem Tatbestande des § 176[1] ausgesondert ist, und einen schwereren Fall der in § 176[2] behandelten sog. unfreiwilligen Schwächung oder Schändung.

Notzucht. N. 2—4.

2) Der Tatbestand der Notzucht, der in zwei gleichwertigen, eine alternative Feststllg. zulassenden Modalitäten sich abspielen kann (Wertheimer aO.), stimmt im ganzen mit dem des § 176[1] überein und unterscheidet sich von ihm wesentlich nur dadurch, daß zu dem letzteren ein, an sich nicht den Tatbestand einer strafb. Hdlg. bildendes, Moment hinzutritt, das jedoch nach Fassung des Gesetzes einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 nicht bildet; vgl. § 73 N. 12b. Die Bemerkungen zum § 176[1] finden deshalb im ganzen auch hier Anwendung; namentl. gilt dieses bei folgenden Punkten:

a) Auch an einer bescholtenen Frauensperson kann, worin eine Abweichung vom GR. liegt, Notzucht verübt werden (§ 176 N. 2); so die GM.

b) Subjekt des Verbr. kann sowohl eine Manns- wie eine Frauensperson sein (§ 176 N. 3), da das Gesetz nicht Nötigung zum Beischlafe mit dem Täter verlangt; ist die den Beischlaf vollziehende Mannsperson, z. B. wegen Geisteskrankheit, strafrechtlich nicht verantwortlich, so ist die nötigende Frauensperson Allein-, sonst Mittäterin; so: Finger 1 338 N. 432, Hälschner 2 230, Frank N. 1 u. § 47 N. VII, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 6, Rüd.-St. N. 2, Villnow GS. 30 146, auch wohl v. Liszt S. 372 (als Spezialfall von § 176[1]); aM.: Binding Lb. 1 200, H. Meyer S. 744, nur ein Mann könne Subjekt sein. Die Frage, ob bei Beteiligung zweier Personen, von denen die eine die Gewalthandlung vornimmt, die andere den Beischlaf vollzieht, Mittäterschaft (§ 47 N. 3) oder Alleintäterschaft (sc. des den Beischlaf Vollziehenden) und Beihilfe (§ 49) vorliege, läßt nur auf Grund des konkreten Falles an der Hand der allg. Prinzipien sich entscheiden; vgl. das § 47 N. 6aα zit. RG. E. 3 181.

c) Die Gewalt kommt lediglich als eine solche gegen die Frauensperson selbst angewendete in Betracht (§ 176 N. 5); so: Hälschner 2 230, Merkel HH. 4 417 N. 2; aM.: v. Schwarze N. 8 u. HH. 3 311, Villnow GS. 30 148.

d) Auch die Drohung muß für die Frauensperson selbst eine Gefahr für Leib o. Leben in Aussicht stellen (§ 176 N. 7); so: Geyer 2 30, H. Meyer S. 745, Oppenh.-D. N. 2; aM. v. Schwarze aO.

3) Der allgemeine Tatbestand der Notzucht weicht dagegen von dem des Verbr. aus § 176[1] darin ab, daß als unzüchtige Hdlg. nur der „Beischlaf" (§ 173 N. 1) und zwar der „außereheliche" (§ 176 N. 8) in Betracht kommt; in dieser Spezialisierung der unzüchtigen Hdlg. liegt das erschwerende Moment (N. 2).

Digitized by Google

Da es um eine Beischlafsvollziehung sich handelt, so ist als Objekt eine „Frauensperson" vorausgesetzt; vgl. deshalb § 176 N. 2, insbs. das das. Abs. 2 zit. RG. E. 4 23 (btr. Notzucht an einem 4j. Kinde); ebenso Geyer 2 29, auch v. Liszt S. 372, Merkel HWB. „Notz." u. v. Schwarze N. 4 u. HH. 3 310, die jedoch noch nicht mannbare Frauenspersonen ausschließen, während Hälschner 2 227 N. 1, 230 als Objekt eine über 14 J. alte Frauensperson fordert.

4) Die Notzucht „durch Gewalt" im speziellen betreffend, so beruht die Abweichung, daß § 176[1] von der „Vornahme u. H. an einer Frauensperson mit Gewalt", § 177 dagegen von der „Nötigung einer Frauensperson zum außerehel. Beischlafe durch Gewalt" spricht, anscheinend auf der Annahme, daß eine Beischlafsvollziehung gegen den Willen der Frauensperson unmöglich sei, der Zwang somit nur als Mittel der Nötigung zum Beischlafe in Betracht kommen könne. Dementsprechend ist die Gewalt hier (vgl. dagegen § 106 N. 3) stets nur vis compulsiva und zwar, mit Rücksicht auf die daneben erwähnte Drohung, eine als physischer Zwang sich äußernde; so im Resultate auch Hälschner GS. 35 9 f.

Schändung unter erschwerenden Umständen. N. 5.

5) Bezüglich der „Schändung unter erschwerenden Umständen" gelten zunächst die Bemerkungen zu § 176[2]; denn auch zu dessen Tatbestand, soweit er Frauenspersonen in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustande betrifft, tritt lediglich das erschwerende Moment hinzu, daß „der Täter die Frauensperson zu dem Zwecke, dieselbe zum außerehelichen Beischlafe zu mißbrauchen, in einen willenlosen (oder bewußtlosen) Zustand versetzt hat"; es bildet sogar einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295.

Geisteskrankheit der Frauensperson kommt hiernach als solche für den Tatbestand dieses schweren Verbr. der Schändung nicht in Betracht.

Versuch; Idealkonkurrenz; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 6—9.

6) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist in beiden Fällen des Mischtatbestandes denkbar.

7) Bezüglich der Idealkonk. (§ 73) des § 177 mit anderen §§. gilt folgendes:

a) Mit dem Verg. des Ehebruchs aus § 172 (das. N. 3) kann Idealkonk. stattfinden, da für den Tatbestand dieses Verg. die Einwilligung der Frauensperson, mit welcher der ehebr. Beischlaf vollzogen wird, in diesen nicht erforderlich ist; so: H. Meyer S. 734, Oppenh.-D. § 172 N. 5, v. Schwarze § 172 N. 10 u. HH. 3 300, Habermaas Idealkonk. S. 72. Dsgl. ist Idealkonk. mit Blutschande (§ 173) denkbar; Berner S. 455. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß in dem Falle der Notzucht einer Ehefrau seitens eines Unverheirateten Verfolgung wegen Ehebruchs gegen letzteren nicht möglich ist (vgl. § 172 N. 7a), wohl aber kann der verheiratete Notzüchter aus §§ 172, 177, 73 verurteilt werden.

b) Bei dem Verbr. aus § 176 bedarf es der Unterscheidung:

α) Idealkonk. mit § 176[1] ist ausgeschlossen, soweit es um den Fall der durch Drohung begangenen Notzucht sich handelt; denn dieser Fall ist lediglich ein spezieller des durch Drohung begangenen Verbr. aus § 176[1]; statt der „unzüchtigen Hdlgen" im allgemeinen steht lediglich „außerehelicher Beischlaf" in Frage; es findet deshalb § 177 ausschließlich Anwendung (§ 73 N. 12b). Soweit jedoch Notzucht „durch Gewalt" begangen wird, ist Idealkonk. mit § 176[1] denkbar, weil dort die Nötigung auf Beischlafsvollziehung mit einem Dritten gehen kann (N. 2b), so daß die vom Täter an der Frauensperson mit Gewalt vorgenommenen u. H. das Mittel für die Nötigung zur Beischlafsvollziehung mit einem Dritten sein können; so RG. III 7. Nov. 98 G. 46 442; anders die GM. Unbeschränkt erscheint dagegen eine Idealkonk. des Versuchs der Notzucht (§§ 177, 43) mit einem Verbr. aus § 176[1] möglich, da jener begrifflich keine gewaltsamen unzüchtigen Hdlgen zu umfassen braucht; so v. Schwarze N. 10; aM.: Mannheim 11. Sept. 75, 17. Feb. 77, St. 5 513, 7 73, Schütze S. 340, Frank N. III, Habermaas Idealkonk. S. 73, Ortloff G. 32 408. Im Falle einer solchen Idealkonk. ist die Strafe aus den §§ 177, 43 zu bemessen; RG. IV 17. Feb. 88 N. 10 158. Aus der Möglichkeit dieser Idealkonk. ergibt sich die Zulässigkeit einer Verurteilung aus § 176[1], falls der Notzuchtsversuch wg. Rücktritts nach § 46[1] (das. N. 3) straflos sein sollte; RG. FS. 25. Aug. 92 E. 23 225.

Digitized by Google

β) Idealkonk. des schweren Falles der Schändung mit der einfachen Schändung (§ 176^{2}) ist nach dem N. 5 Bemerkten ausgeschlossen, sofern nicht eine geisteskranke Frauensperson Objekt des Verbr. ist; Oppenh.-D. N. 5, Villnow GS. 30 145, 147 (entgegengesetzt S. 140), Ortloff G. 32 410.

γ) Idealkonk. mit § 176^{3} ist denkbar; die Behauptung, daß der Gesetzgeber bei Aufstellung des § 176^{3} von der Annahme ausgegangen sei, Beischlaf könne mit Personen unter 14 J. nicht stattfinden, ist durch nichts positiv begründet; außerdem würde eine solche Annahme auch falsch sein (N. 3 u. § 176 N. 2). So: H. Meyer S. 744, Villnow GS. 30 140. AM.: Ortloff G. 32 409, beide Strafgesetze ständen im Verhältnisse der Subsidiarität (§ 73 N. 13) u. § 177 konsumiere § 176^{3}.

δ) Idealkonk. mit tätl. Beleidgg. aus § 185 ist denkbar (§ 73 N. 19 I b); Frank N. III.

ε) Ausgeschlossen ist dagegen Idealkonk. mit § 240 (das. N. 14 a).

8a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—15 J. (§ 14$_{2}$). Die für den Fall mild. Umst. (I. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängnis von 1—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 6) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_{1}$ in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73$^{2-7}$, 136^{1}.

§. 178.

Ist durch eine der in den §§. 176 und 177 bezeichneten Handlungen der Tod der verletzten Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

PrStGB. § 144 Abs. 2. Entw. I § 153 Abs. 2, II § 176. StB. S. 644, 1171. Entw. d. StGN. Art. I § 178. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 800 f.

1) § 178 enthält i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 einen straferhöhenden Umstand der in den §§ 176, 177 bezeichneten strafb. Hdlgen. Er besteht in der „Verursachung" des Todes der verletzten Person „durch eine jener Handlungen", d. h. durch eine zur Ausführung eines jener Verbr. dienende Tätigkeit; Oppenh.-D. N. 2. Wegen „Verursachung" vgl. § 118 N. 4; speziell auch für § 178 aM.: Binding Lb. 1 202, Hälschner 2 231. War der Tod, wenigstens eventuell, gewollt, so liegt Idealkonk. (§ 73) mit Mord oder Totschlag (§§ 211, 212) vor; so Thomsen Versuch S. 118 f.; aM. Hälschner aO. u. Meves N. 2, die die Vorschriften über Mord u. Totschlag ausschließlich anwenden.

Während in den übrigen Fällen die „verletzte Person" identisch ist mit dem Objekte des Verbr. (so selbst Villnow, GS. 30 148, obgleich er annimmt, daß die „Gewalt" auch gegen dritte Personen angewendet sein könne), ist bei der zweiten Alternative des Verbr. aus § 176^{3} (das. N. 17 b) etwas anderes denkbar, indem Verletzter der sein kann, an oder mit dem die verleitete Person unter 14 J. u. H. verübt hat.

2) In zwei besonders liegenden Fällen (die an sich den allg. Grundsätzen gemäß nach der konkreten Sachlage zu beantworten sind; so richtig Hälschner 2 232 u. v. Liszt S. 372) kann es streitig werden, ob der Tod der verletzten Person als Ursache einer aus § 176 o. § 177 strafb. Hdlg. anzusehen sei:

a) Erfolgt der Tod infolge der Niederkunft einer durch die Notzucht bewirkten Schwängerung, so wird der Kausalzusammenhang als vorliegend anzunehmen sein, da die Notzucht die mittelbare Todesursache bildet; so: Binding Lb. 1 202, Geyer 2 30, Rubo N. 4; aM. v. Schwarze N. 1 u. HH. 3 313 N. 8.

b) Stirbt die Verletzte durch Selbstmord, so ist zu unterscheiden, ob der Selbstmord in geistig gesundem Zustande, etwa aus Schamgefühl, geschah, oder in einem durch die erlittene Behandlung veranlaßten Zustande psychischer Beeinträchtigung (Exaltation oder Depression); im ersteren Falle liegt die Todesursache in der eigenen Willenstätigkeit der Verletzten, im letzteren Falle dagegen in der strafb. Hdlg. des Täters. So: Binding aO.,

Digitized by Google

Rubo N. 4; vgl. auch Schütze S. 342 N. 23 (im Falle des Selbstmordes sei § 178 nicht schlechthin auszuschließen). AM.: Geyer 2 30, Meves N. 1, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 1 u. HH. 3 313. Vgl. übrigens das § 222 N. 2_3 zit. RG. E. 7 332 (btr. Selbstentleibung eines Geisteskranken als fahrl. Tötung des Wärters).

3) Ein Versuch des Verbr. ist denkbar, indem der Tod der Verletzten bereits durch die verübte Gewalt verursacht sein kann, ohne daß z. B. die beabsichtigte Beischlafsvollziehung gelang; vgl. § 43 N. 5_3. So: v. Liszt S. 372, Oppenh.-D. N. 5, Rüb.-St. N. 3, Ortloff 32 411, Thomsen Versuch S. 120. AM.: Hälschner 2 231, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 3, die in einem solchen Falle § 178 ohne weiteres (nicht bloß eine Versuchsstr.) zur Anwendung bringen, dabei jedoch verkennen, daß die Verursachung des Todes lediglich die Bedeutung eines straferh. Umst. hat.

4) Anstiftung und Beihilfe sind auch zu einem Verbr. aus § 178 denkbar; vgl. §§ 48 N. 17b, 49 N. 15b.

5a) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus und zwar wahlweise entweder zeitiges von 10—15 J. oder lebenslängliches (§ 14); daneben kann als Nebenstrafe nach § 32 VbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 3) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 2 u. 4), 45 zu bestrafen; vgl. namentl. § 44 N. 4 wg. der alternativen Strafandrohungen u. N. 5 wg. ZulPolAufs. (§ 38).

6) Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_1$ (das. N. 2c) beim vollendeten Verbr. in zwanzig, beim versuchten in funfzehn Jahren. Wegen des Beginnes der Verjhrg. vgl. $§ 67_4$.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^{1}.

§. 179.

Wer eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, daß er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrthum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 145. Entw. I § 155, II § 177.

1) Das Verbr. der Erschleichung des außerehelichen Beischlafs stellt als ein dem Vergehen der Eheerschleichung (§ 170) zwar verwandtes, jedoch von ihm in manchen Punkten verschiedenes Delikt sich dar.

Objekt jenes Verg. kann ein jeder der beiden Ehegatten sein (§ 170 N. 2), des Verbr. aus § 179 dagegen nur die getäuschte „Frauensperson" (§ 176 N. 2), übrigens ohne Altersgrenze nach unten hin; aM. Hälschner 2 233, die Frauensperson müsse das 14. Lebensjahr bereits überschritten haben, weil sonst $§ 176^3$ Platz greifen würde. Während aber im Falle des § 170 Subjekt des Verg. der andere Teil der beiden Ehegatten ist, so daß der eine Subjekt, der andere Objekt sein muß, braucht im Falle des § 179, trotzdem es um die Gestattung des „Beischlafs" (§ 173 N. 1) sich handelt, das Verbr. nicht notwendig unter den beiden Konkumbenten sich abzuspielen; das Gesetz verlangt nicht, daß die Verleitung zur Gestattung des Beischlafs mit dem Täter (bzw. dem Alleintäter) stattfinde; es kann folglich auch ein Dritter, namentl. eine „Frauensperson", Täter sein und zwar je nach Umständen Mittäter oder Alleintäter (§ 177 N. 2b). So: Hälschner 1 233, v. Liszt S. 375, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 3, Rüb.-St. N. 3, Billnow GS. 30 148. AM.: Binding Lb. 1 203 (eine Frau sei untaugl. Subjekt), v. Schwarze N. 1.

2) Wie das Mittel der „Verleitung" (§ 141 N. 4) im Falle der als „Ehebetrug" sich darstellenden „Eheerschleichung" eine Täuschung und zwar des „anderen Teiles" ist, so im Falle des § 179 eine Täuschung der Frauensperson, mit der der Beischlaf vollzogen

Digitized by Google

wird (vgl. insbs. „in ihr"). Die Täuschung besteht darin, daß letztere „den Beischlaf für einen ehelichen hielt", obgleich er tatsächlich ein „außerehelicher" (§ 176 N. 8) war. Jede andere Täuschung, z. B. in der Richtung, daß der Beischlaf zum Zwecke eines ärztlichen Heilverfahrens notwendig sei, ist vom Tatbestande ausgeschlossen.

Daß eine Täuschung jener Art auf seiten der gemißbrauchten Frauensperson bestehen müsse, wird für den Fall der zweiten Alternative ausdrücklich gesagt. Ein gleiches ergibt sich aber auch für die erste Alternative; denn aus der Fassung des Gesetzes „oder einen anderen Irrtum in ihr erregt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt", erhellt, daß auch bei der Vorspiegelung einer Trauung ein derartiger Irrtum erregt worden sein müsse. (Vgl. wg. der näheren geschichtlichen Begründung die entsprechende N. der 6. Aufl.). Auch der Tatbestand der ersten Alternative des § 179 kann hiernach nur dann für vorliegend erachtet werden, wenn die Vorspiegelung einer Trauung den Irrtum hervorgerufen, daß eine Ehe geschlossen worden sei; anderenfalls genügt die Vorspiegelung einer Trauung zum Tatbestande nicht, so namentl. nicht, wenn die hinsichtlich der Trauung Getäuschte wußte, daß durch eine Trauung eine Ehe nicht geschlossen werden könne; Binding Lb. 1 203, Hälschner 2 233, v. Liszt S. 375, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze HH. 3 314, Billnow GS. 30 149.

3) Falls die Abschließung einer Ehe vor einem Standesbeamten vorgespiegelt wurde, ohne die weitere Vorspiegelung einer Trauung, so greift nicht die erste, sondern die zweite der beiden gleichwertigen Alternativen Platz. So v. Schwarze N. 3, sachlich auch v. Liszt S. 375 u. Hälschner 2 233. AM.: Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 4, Billnow GS. 30 149, „Trauung" sei als Eheschließung zu verstehen.

Aber auch wenn zu der Vorspiegelung einer Eheschließung vor einem Standesbeamten noch die Vorspiegelung einer Trauung hinzutritt, wird die Anwendung der zweiten Alternative derjenigen der ersten vorzuziehen sein; trotzdem ist nach dem oben Gesagten die erste Alternative nicht mit v. Schwarze N. 3 infolge der neueren Ehegesetzgebung für D. als bedeutungslos zu erachten; sie hat noch ihre Bedeutung für den Fall, wenn die Getäuschte durch die Vorspiegelung der Trauung in den Irrtum versetzt wurde, es habe eine Eheschließung stattgefunden, da die hierbei etwa vorliegende Schuld der Getäuschten gleichgültig ist (N. 6); Hälschner 2 233, Rüd.-St. N. 4.

4) Außer der bereits angedeuteten Vorspiegelung einer „Zivileheschließung" (Schütze S. 338 N. 14) begreift die zweite Alternative die Fälle, in denen der Täter täuschenderweise als Ehemann der Frauensperson sich ausgibt. Wegen der Analogie des Betruges (§ 263) ist, nach den Motiven, der „Erregung eines Irrtums" die „Benutzung" eines solchen gleichgestellt (§ 170 N. 5), weshalb auch bezüglich beider alternative Feststllg. zulässig ist; Ostern Alternativität S. 154, Wertheimer Mischgesetze S. 43.

5) „Gestattung" des Beischlafs ist nach dem Sprachgebrauche nicht die Einwilligung in die Vollziehung des Beischlafes, sondern die unter Einwilligung stattfindende Vollziehung selbst; demgemäß liegt erst in der Beischlafsvollziehung die Vollendung des Verbr., ohne solche höchstens ein Versuch desselben vor; so die GM.; aM. Landsberg Kommissivdel. S. 201 N. 2.

6) Zwischen der Täuschung (N. 2) und der Gestattung des Beischlafs (N. 5) muß ein Kausalzusammenhang bestehen (vgl. „dadurch verleitet").

Für den Tatbestand kommt es aber lediglich auf diesen Zusammenhang an, während gleichgültig ist, ob die getäuschte Frauensperson bei Anwendung der nötigen Aufmerksamkeit den Irrtum hätte vermeiden können; für den Fall der zweiten Alternative ist dies durch die Fassung des Gesetzes („hielt" statt „halten mußte" im PrStGB. § 145) zum Ausdruck gebracht; für die erste Alternative gilt es aber nach den obigen Ausführungen (N. 2) gleichermaßen; Hälschner 2 233, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 4 u. HH. 3 314.

7) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; N. 5.

8) Nach Absatz 3 tritt die Verfolgung nur „auf Antrag" ein (§§ 61 ff), obgleich es um ein Verbrechen sich handelt (§ 61 N. 7a); nur im Falle des MStGB. § 127 ist die Verfolgung von dem Strafantrage unabhängig.

Einziger Verletzter und deshalb einziger Antragsberechtigter (§ 61 N. 10 ff.) ist die

Digitized by Google

„getäuschte Frauensperson", wie im Falle des § 170 der „getäuschte Teil"; so: RG. IV 16. Apr. 89 E. 19 250, Finger 1 193 N. 257, Hälschner 2 234, Frank N. IV, Reber Antragsdel. S. 367; aM. Köhler Strafantrag S. 50 (auch der Ehemann). Es ist hier jedoch von der ausdrücklichen Hervorhebung des Antragsberechtigten offenbar deshalb Abstand genommen, weil mangels einer selbst nur formellen Eheschließung ein anderer Verletzter gar nicht in Frage kommen konnte (vgl. § 170 N. 7a).

9) Wg. des Verhältnisses zur Beleidigung vgl. § 185 N. 19.

10a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—5 J. (§ 14$_2$). Die für den Fall mildernder Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 BbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 7) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_1$ in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73^2.

§. 180.

Wer gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittelung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet, wird wegen Kuppelei mit Gefängniß nicht unter Einem Monate bestraft; auch kann zugleich auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Gefängnißstrafe bis auf Einen Tag ermäßigt werden.

PrStGB. § 147. Entw. I § 157, II § 178

Entw. d. G. v. 25. Juni 1900. Aktenst. 1898/1900. Nr. 112, 834. StB. 1898/1900 S. 5691 ff.

Zu §§ 180, 181. N. 1—9.

1) „Kuppelei" betreibt, wer „durch seine Vermittelung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet"; dieser Begriff der Kuppelei folgt aus § 180 i. V. mit dem Eingange des § 181$_1$. Hiernach ist die Kuppelei zwar stets ein unsittliches, deliktisches (vgl. E. I Abschn. 1 N. 1$_2$), nicht aber stets ein strafb. Handeln; Schütze S. 342, Villnow GS. 30 150. Sie wird vielmehr erst strafbar durch Hinzutritt gewisser Momente und zwar: als Vergehen (§ 180) dadurch, daß sie entweder gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz betrieben wird, als Verbrechen (§ 181), wenn entweder, um der Unzucht Vorschub zu leisten, hinterlistige Kunstgriffe angewendet werden, oder der Schuldige zu den verkuppelten Personen in einem der im § 181^2 bezeichneten Verhältnisse steht.

2) Der „Unzucht" muß Vorschub geleistet werden; das PrStGB. § 147 enthielt noch den Zusatz „einer oder mehreren Personen des einen oder anderen Geschlechts", welche Worte nach Rüd.-St. N. 3 als „selbstverständlich" gestrichen sein sollen, während die Motive, dies materiell bestätigend, sagen, daß die Bestimmung des PrStGB. im § 180 „wiederholt" sei (vgl. RG. II 29. Okt. 97 E. 30 321, ob es um eine männl. o. eine weibl. Person sich handele, sei gleichgültig). Jedenfalls tritt nach der jetzigen Fassung deutlich hervor, daß die Vorschubleistung der „Unzucht" in abstracto, nicht aber konkreten Akten der Unzucht dienen muß. Dies erscheint auch als der Grund, warum das Gesetz hier des Ausdruckes „Unzucht" sich bedient. Eine Nötigung, ihn, entsprechend dem § 175, lediglich als Abstraktion solcher unzüchtiger Hdlgen zu fassen, die auf außereheliche Befriedigung des Geschlechtstriebes durch Beischlaf oder beischlafsähnliche Handlungen gerichtet sind, folgt daraus nicht, da die Beschränkung des Begriffs der „widernatürlichen Unzucht" im § 175 historisch zu erklären ist (das. N. 1, 2). So die GM., insbs.: RG. III 10. Jan. 84 N. 6 33, I 29. Mai 84 E. II 4 (U. sei jedes gegen Zucht u. Sitte verstoßende Handeln im Bereiche des geschlechtl. Umganges zwischen mehreren Personen), II 16. Jan. 85 N. 7 34 (§ 181^2 erstrecke außer

Digitized by Google

auf Beischlafsvollziehung sich auch auf andere gegen Zucht u. Sitte im Geschlechtsverkehr verstoßende Hdlgen).

Man wird jedoch Schütze S. 343 N. 25 beistimmen müssen, daß zwar nicht wegen der oben anderweitig gedeuteten Abänderung der Fassung des PrStGB., wohl aber nach Maßgabe der Wortbedeutung von „Kuppeln" (copulare) nicht die Abstraktion „unzüchtiger Hdlgen" in dem allg., § 174 N. 3 ff. entwickelten, S. gemeint sei, sondern nur insoweit eine Mehrheit von Individuen bei der U. beteiligt sein kann; so: zit. RG. E. 11 4, Hälschner 2 687, v. Liszt S. 377, Merkel S. 370, H. Meyer S. 749, Frank N. II; aM.: Berner S. 471 (die K. erstrecke sich auf U. aller Art u. sei nur im § 181[3] auf U. mit Personen beschränkt), ferner Rüd.-St. N. 3 u. § 181 N. 2 sowie Villnow GS. 30 151 ff., die (abgesehen vom § 181[2]) auch K. zur Onanie für möglich halten. In welcher Weise die verschiedenen Individuen bei der U. sich beteiligen, ist gleichgültig, namentl. ob die eine Person mehr aktiv, die andere mehr passiv beteiligt erscheint, bzw. ob die eine Seite nur unter Widerstreben oder vermöge Verführung bzw. sonstiger Beeinflussung zur U. gebracht wird; es kommt nur darauf an, daß zwischen anderen Personen U. stattfinden soll; RG. II 6. Mai 87 E. 16 49. Dagegen reicht die bloße Anwesenheit o. das bloße Betrachten einer seitens anderer einseitig vorgenommenen U. (z. B. Umhertanzen nackter Mädchen in Gegenwart von Männern) zur Annahme einer Beteiligung an dem unzüchtigen Treiben nicht aus; RG. II 20. Apr. 94 E. 25 287 (btr. § 181[2]).

Im übrigen kann, da das Gesetz nicht unterscheidet, die U. sowohl natürliche als widernatürliche (jedoch nach dem oben Bemerkten nur solche ratione sexus) sein; v. Schwarze N. 3 u. HH. 3 318, Villnow GS. 30 151.

Ob die U strafbar sei oder nicht, ist gleichgültig, da die Kuppelei eine selbständige und keine Teilnahme-Handlung ist. Es ist deshalb einerseits das Vorschubleisten der natürlichen, jedoch nicht aus § 361[6] strafb., U. sowie das einer widernatürlichen, nicht aus § 175 strafb., U. unter Frauenspersonen gleichfalls Kuppelei. So die GM., insbs.: RG. I 29. Jan. 80, II 14. Juni 81, III 13. Mai 82, sachlich auch I 23. Apr. 83, E. 1 88, 4 252, 6 286, 8 236. AM. v. Liszt aO., unter U. sei nur der außereheliche Beischlaf und die strafb. widernatürliche U. unter Männern zu verstehen; ähnlich Merkel S. 370 (Beischlaf u. beischlafsähnliche Hdlgen); übrigens heben beide gleichfalls hervor, daß Kuppelei nicht als Teilnahmehdlg. aufzufassen sei. Andererseits ist die mit Rücksicht auf eine strafb. U., z. B. eine solche aus § 173, geleistete Kuppelei eben wg. der Selbständigkt. dieses Deliktes rechtlich nicht Beihilfe zu dem tatsächlich begangenen Unzuchtsverbrechen; RG. IV 22. Mai 94 E. 25 369.

Auch der von Verlobten vorgenommene Beischlaf ist vom Begriffe der U. nicht ausgeschieden; so: RG. I 2. Nov. 82 E. 8 172, II 29. Okt. 86, III 21. Mai 85, IV 10. Feb. 88, R. 8 649, 7 317, 10 139 (alle btr. § 181[2]); vgl. aber wg. des häufig fehlenden Dolus Frank N. IV.

3) „Vorschubleistung" bedeutet, im Gegensatz zu der die Förderung der Person des Täters bezeichnenden „Hilfeleistung" i. S. des § 49, die objektiv günstigere Gestaltung der Bedingungen (Voraussetzungen) der „Unzucht" als solche (vgl. auch N. 5). So: RG. III 15. Mai, I 23. Sept. 80, II 17. Okt. 84, E. 2 164, 258, 11 149, v. Liszt S. 377, v. Schwarze N. 10. Die an den Tag gelegte bloße Absicht, die U. zu fördern, kann hiernach niemals genügen; RG. III 9. Juni 87 N. 9 371, I 19. Okt. 96 E. 29 108. AM. einerseits Berlin 14. Nov. 73 St. 3 185 (das Verg. werde durch die auf Beförderung der U. gerichteten Hdlgen ohne Rücksicht auf Erfolg konsumiert), andererseits aber erscheint es als zu weitgehend, wenn nicht nur die günstigere Gestaltung der äußeren Umstände, sondern auch bereits in der intellektuellen Einwirkung, insbs. in der Hervorrufung des vorher nicht vorhandenen inneren Zustandes der Geneigtheit zur Ausübung der Unz. ein Vorschubleisten gefunden wird; so jedoch RG. I 23. Apr. 83 E. 8 236, II 10. Feb. 88 N. 10 133, unter der bezeichneten Voraussetzung der intellektuellen Einwirkung könne schon in der Gewährung einer Wohnung an eine Prostituierte, wenn auch die Lohnhurerei lediglich außerhalb der Wohnung getrieben werde, ein Vorschubleisten gefunden werden (s. aber N. 8); ferner IV 25. März 87 E. 15 361, ohne Rechtsirrtum könne

Digitized by Google

darin ein Vorschubleisten gesehen werden, daß jemand Freudenmädchen bestimmte, ihre bisherigen Verhältnisse zu verlassen und mit ihm ins Ausland behufs Ausübung der Lohnhurerei sich zu begeben, dadurch aber sie in dem Willen bestärkte, ihr unzüchtiges Gewerbe weiter auszuüben.

Es ist hiernach keine notwendige Voraussetzung für die Vorschubleistung, daß die vom Täter beförderte U. demnächst tatsächlich verübt oder daß ein Zustand herbeigeführt wurde, der unmittelbar ohne das Hinzutreten sonstiger Umstände oder Tätigkeiten die Begehung der U. ermöglichte. So die GM., insbs. RG. zitt. E. 2 164, II 149, 15 361, II 14. Juni 81 E. 4 252. AM.: Schütze S. 343 N. 26, Villnow aO. S. 151, namentl. auch wegen der früheren Fassung des § 181² (das. N. 3). Nach dem jetzt geltenden Recht, insbs der abgeänderten Fassung des § 181², kann kein Zweifel hinsichtl. der Richtigkeit der ersteren Ansicht bestehen; Herr ZStrW. 22 198 ff. Deshalb kann der U. auch dann Vorschub geleistet sein, wenn nur die eine der beiden Personen (N. 2_3) zur Unzuchtausübung bereit war, die Bereitwilligkeit der anderen aber erst durch die getroffenen Veranstaltungen herbeigeführt werden sollte; RG. II 29. Okt. 97 E. 30 321.

Eine weitere Konsequenz ist die, daß es, wenn die Vorschubleistung im Inl. erfolgte (§§ 3, 4) gleichgültig bleibt, ob die konkreten Fälle der Unz. im Inl. oder im Ausl. stattfinden sollen, sowie ob die Kuppelei bzw. die Unz. im Ausl. strafbar ist (N. 2_4); so die GM, insbs. zit. RG. E. 15 361.

Endlich ergibt sich einerseits, daß die „mehreren Personen gegenüber verübte Kuppelei" den Umständen nach sehr wohl als ein einziges Vorschubleisten der „Unzucht", d. h. als eine und dieselbe Hdlg. (§ 73), aufgefaßt werden kann (München 4. Dez. 74 St. 4 317), andererseits aber, daß, wenn die Kuppelei auch nur einer der mehreren an der Unzucht beteiligten Personen zur Förderung diente, dennoch der „Unzucht" Vorschub geleistet ist (Oppenh.-D. N. 2; vgl. die o. N. 2_1 wiedergegebene Fassung des PrStGB. § 147).

4a) Wann eine Vorschubleistung als vorliegend anzunehmen sei, ist nach dem N. 3 Bemerkten wesentlich Tatfrage. Trotz einer gleichen Auffassung des Rechtsbegriffes der Vorschubleistung kann (was Hälschner 2 689 N. 1 bestreitet) die Auffassung der konkreten Sachlage eine verschiedenartige sein; so erklärt es sich, daß RG. III 15. Mai 80 E. 2 164 zur Vollendung der Kuppelei nicht für nötig erachtet, daß der Eintritt der verkuppelten Frauensperson in das Bordell „durch Abschluß der Verhdlgen mit dem Inhaber des Etablissements als Erfolg der Tätigkeit des Angeklagten in Ausführung gebracht sei", während, auf gleicher Rechtsauffassung fußend, RG. I 23. Sept. 80 E. 2 258 „in der erfolglosen Bestrebung, Frauenzimmer in Prostitutionshäusern unterzubringen, mochten jene auch mit dem Plane des Angeklagten einverstanden sein", ferner I 19. Apr. 86 N. 8 296 in dem Hinführen eines Fremden seitens eines Dienstmannes zu einem Freudenhause, in das jedoch kein Einlaß gewährt wurde (falls es nicht etwa in concreto um den künftigen Betrieb der U. und dessen Förderung sich gehandelt habe) keine vollendete Vorschubleistung und somit nur einen (straflosen) Versuch der Kuppelei sehen.

b) In der Praxis des RG. wurde angenommen, daß eine Vorschubleistung liege:

1. in der Überführung einer Lohndirne von einem Bordell in ein anderes; III 19. Apr. 86 N. 8 300 (denn die Verbringung einer Frauensperson in ein Bordell schaffe der U. objektiv selbst dann günstigere Bedingungen, wenn jene bereits vorher ein Freudenmädchen war und Gelegenheit hatte, der U. zu frönen; das erscheint jedoch in dieser Allgemeinheit wenigstens sehr bedenklich);

2. in der mietweisen Überlassung einer Wohnung (N. 8) an solche Personen, die, wie dem Vermieter bekannt, die Mietsräume selbst zur Ausübung der U. benutzen oder zu diesem Zwecke an Prostituierte abgeben wollen, bzw. in der durch pflichtwidriges Dulden der U. im eigenen Hause liegenden Unterlassung; I 29. Nov. 88 N. 10 703 (s. auch N. 8).

c) Ist Vorschubleistung anzunehmen, so ist damit das Delikt vollendet; daß es zur U. in concreto gekommen ist, ist nicht wesentlich (N. 3_2). Dies gilt jetzt aber auch für die Vollendung der strafbaren K. (N. 1), da auch das Verbrechen aus § 181² (das. N. 3) nach heutiger Lage der Gesetzgbg. nicht mehr den konkreten Betrieb der Unzucht erfordert.

Digitized by Google

5) Die nach dem Gesetze für den Begriff der Kuppelei in Betracht kommende Form der Vorschubleistung ist eine dreifache; sie kann geschehen durch a. Vermittelung, b. Gewährung (vgl. über den Begriff RG. III 22. Feb. 97 E. 29 413 btr. KonkursO. § 241) oder c. Verschaffung von Gelegenheit. Durchweg weisen diese Ausdrücke ihrem Wortsinne nach darauf hin, daß es hierbei um Herstellung eines Zustandes sich handelt, dessen Herbeiführung von demjenigen, für den er bestimmt gewesen, entweder gesucht o. doch genehmigt ist; RG. III 15. Mai 80 E. 2 164, das deshalb weiter annimmt, es müsse in Fällen, wo die Tätigkeit des Kupplers nicht auf Anrufen der U. treibenden Person erfolgt, dem Anbieten von Gelegenheit bzw. der nur subjektiv sich äußernden vermittelnden Tätigkt. in objektiver Beziehung die Äußerung der Geneigtheit von der anderen Seite, die Gelegenheit bzw. Vermittelung benutzen zu wollen, gefolgt sein.

Der Tatbestand der Kuppelei i. S. der §§ 180, 181 liegt nicht vor, wenn nicht erwiesen ist, daß der U. durch eines (oder mehrere) dieser Mittel Vorschub geleistet ist; Billnow GS. 30 152. Jedoch ist eine alternative Feststellung für zulässig zu erachten, da das Gesetz die hervorgehobenen Mittel der Vorschubleistung als bloße Modalitäten der Hdlg. einander völlig gleichstellt (§ 47 N. 29); Ostern Alternativität S. 154, Wertheimer Mischgesetze S. 43.

6) Durch „Vermittelung" (N. 5) wird Vorschub geleistet, wenn der U. bezüglich der zu ihrer Ausübung in concreto erforderlichen Personen günstigere Voraussetzungen geschaffen werden, d. h. wenn die Tätigkeit auf das Zusammenbringen von Personen zur U. gerichtet ist, also die persönliche Annäherung der btr. Personen zum Zwecke der Ausübung der U. ermöglicht; RG. I 1. Feb. 90, 19. Okt. 96, E. 20 201, 29 108. Ob dies unmittelbar, wie bei der seitens eines Dienstmannes geschehenden Zuführung eines Fremden zu einer öffentlichen Person (Mannheim 3. Feb. 77 St. 7 277), oder mittelbar, wie bei der Anwerbung bzw. Überführung von Frauenspersonen für ein Bordell (N. 4), geschieht, ist gleichgültig. Deshalb konnte diese Art der Vorschubleistung auch darin gefunden werden, daß der Täter als sog. Zuhälter Prostituierte auf Männer, an die sie sich heranmachen können, aufmerksam macht (RG. II 17. Okt. 84 E. 11 149), ein Tatbestand, der jetzt auch unter § 181a fallen kann. Verneint wurde in concreto die Vermittelung in dem dem N. 31 zit. RG. R. 10 133 zugrunde liegenden Falle, trotzdem die Voraussetzungen zur Vornahme u. H. seit Aufnahme der Prostituierten in die Wohnung des Angekl. deshalb günstigere geworden waren, weil sie der Gefahr des Konflikts mit der Sittlichkeitspolizei weniger ausgesetzt war.

7) Durch „Gewährung o. Verschaffung von Gelegenheit" (N. 5) wird vorzugsweise, keineswegs aber ausschließlich nur dann, Vorschub geleistet, wenn der Unz. bezüglich des zu ihrer Ausübung in concreto erforderlichen Ortes günstigere Voraussetzungen geschaffen werden, wobei die Tätigkeit im ersteren Falle wesentlich auf die Darbietung, im letzteren auf den Nachweis eines geeigneten Ortes sich richten wird; es erfüllt die Beförderung der Gelegenheit zur U. jedoch auch durch sonstige Hdlgen, insbs. durch Wegräumung von Hindernissen, nicht minder dieses Tatbestandsmerkmal; so RG. II 17. Okt. 84 E. 11 149, das den gesetzl. Begriff des Vorschubleistens durch „Verschaffung von Gelegenheit" erfüllt sah in der, durch Begleitung seitens eines sog. Louis auf der Straße, gesicherten Möglichkeit u. Gelegenheit, Männer zum Betriebe der Unz. anzulocken und demnächst die U. zu betreiben, sowie im Aufmerksammachen auf Männer; ferner das N. 31 zit. RG. E. 8 236, das in dem dort bezeichneten Falle gleichfalls Vorschubleistung durch Verschaffung von Gelegenheit annahm.

8) Die Vorschubleistung kann auch hier eine unmittelbare oder eine mittelbare sein. So wird der U. „durch Gewährung von Gelegenheit" im Falle des Vermietens einer Wohnung an Prostituierte zum Zwecke der U. in den Mietsräumen unmittelbar Vorschub geleistet; so die GR., insbs. RG. II 27. Apr., 28. Mai, III 20. Okt. 80, I 29. Nov. 88, R. 1 680, 828, 2 362, 10 703. Im bloßen Vermieten einer Wohnung an eine Prostituierte ohne jenen Zweck kann jedoch deshalb, weil in der Versagung eines Unterkommens für eine Prostituierte eine Erschwerung der U. überhaupt liegen würde, kein Vorschubleisten

Digitized by Google

gefunden werden; denn eine solche Erschwerung wird vom Gesetze nicht gefordert; so RG. III 10 Nov. 80 N. 2 488, das nicht dahin aufzufassen ist, als ob der Nachweis erforderlich sei, daß in der Wohnung U. getrieben worden; vgl. aber im übrigen wegen der Ansicht des RG. N. 3_1. Eine mittelbare Vorschubleistung durch Gewährung von Gelegenheit liegt in der Vermietung einer Wohnung an einen Bordellwirt zum Zwecke der Haltung eines Bordells; vgl. RG. III 28. Feb. 80 N. 1 402. Der Verkauf eines Hauses zum Zwecke des Unzuchtbetriebes ist jedoch, sowenig wie der bloße Abschluß eines Mietsvertrages mit Kenntnis des Vermieters, daß die Wohnung zur U. bestimmt sei (N. 4b 2), Kuppelei, sondern nur eine straflose Vorbereitungshdlg., weil dadurch nur die Möglichkeit des Betriebes geschaffen wird, der im übrigen lediglich vom Willen des Käufers abhängt (N. 9); RG. I 8. Mai 93 E. 24 165.

K. wird durch Gewährung von Gelegenheit seitens der Ehefrau unter Mittäterschaft (§ 47) des Ehemannes verübt, wenn jene zwar die Mietsverträge mit den Prostituierten abschloß, dieser aber als Hauseigentümer der Handlungsweise seiner Ehefrau, unter Kenntnis ihres Zweckes, tatsächlich zustimmte und sie als eine von ihm gewollte kennzeichnete; RG. III 6. Nov. 80 N. 2 458.

9) Die K. „durch Gewährung von Gelegenheit" kann, obgleich sie ein Kommissivdelikt ist, dennoch den allgemeinen Grundsätzen entsprechend durch eine Unterlassung begangen werden (§ 1 N. 3a, L. I Abschn. 3 N. 3); so die GM., insbs. RG. III 18. Okt. 82 E. 7 118, II 16. Jan., I 15. Jan. 85, 29. Nov. 88, N. 7 34, 33, 10 703. Verschieden von dem strafbaren Unterlassen des pflichtmäßigen Gebrauches rechtmäßiger Befugnisse ist ein bloßes — passives — Dulden von Vorgängen, deren Verhütung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erfolgen kann; ein Dulden kann nur strafbar sein, wenn darin ein Gewähren durch Unterlassung der bezeichneten Art zu finden ist; RG. II 6. Mai 87, 9., 16. Feb. 92, III 18. Sept. 93, 29. Juni 03, E. 16 49, 22 332, G. 39 435, 41 274, 50 394 (letztere vier btr. eines Ehemannes gegenüber seiner Frau, die vom Betriebe der Gewerbsunzucht zurückzuhalten er die rechtliche — nicht bloß sittliche — Verpflichtung habe, das zit. G. 50 394 insbs. mit der Begründung, daß auch nach dem BGB. § 1354 der Ehemann kraft seiner Stellung in der ehel. Gemeinschaft u. gleichviel in welchem Güterstande die rechtl. Verpflichtung habe, nicht nur der U., sd. auch der gewerbsm. K. seiner Frau entgegenzutreten); deshalb nicht in dem Verkauf eines Hauses zum Zwecke des Unzuchtsbetriebes; das N. 8_1 zit. RG. E. 24 165. Mit Recht konnte aber K. gefunden werden, begangen seitens des Hausherrn durch pflichtwidriges Dulden eines unsittlichen Verkehrs im eigenen Hause (RG. III 12. Nov. 79 N. 1 61), seitens der Hausfrau durch Dulden der U. der eigenen Tochter trotz Gestattung des Vaters (RG. III 11. Mai 95 G. 43 124, btr. PrALR., was gleichmäßig Geltung nach BGB. § 1354_2 beansprucht), oder seitens des Vermieters, begangen durch Unterlassung einer zulässigen Kündigung (RG. III 28. Feb., II 27. Apr., 28. Mai 80, 6. Okt. 85, N. 1 402, 680, 828, 7 552) oder der Anstellung einer begründeten Räumungsklage, beides nach erlangter Kenntnis von dem Betriebe der U. in der Mietswohnung. Ob aber eine Kündigung oder die Anstellung einer Räumungsklage statthaft war, ist im Einzelfalle auf Grund des abgeschlossenen Mietsvertrages (ev. nach Maßgabe der Bestimmungen des BGB.) zu entscheiden; RG. I 4. Nov. 80 N. 2 447; bejaht wurde die Frage in den Fällen der zitt. RG. E. 16 49, N. 10 703. Auch in dem Unterlassen des Abhaltens vom Eintritt in ein Bordell kann unter Umständen Vorschubleistung durch Gewährung von Gelegenheit gefunden werden; so mit Recht die zitt. RG. N. 7 33, 34 in den Fällen, wo die Mutter gegenüber ihrer Tochter die Unterlassung beging, während andererseits RG. II 18. Sept. 85 N. 7 515 den Tatbestand in einem Falle verneinte, wo der Angekl. als Zuhälter (§ 181a) einer Bordellinhaberin zwar tatsächlich, nicht aber rechtlich in der Lage war, die K. zu verhindern.

Zu § 180. N. 10—16.

10) Nach der ersteren Alternative des § 180 ist die Kuppelei strafbar, wenn sie „gewohnheitsmäßig" (§ 260 N. 3) betrieben wird. Es kann dies, wie die GM. mit Recht annimmt, auch dann der Fall sein, falls einer einzigen Person zum wiederholten

Digitized by Google

Betriebe der U. Vorschub geleistet wurde. Zur Annahme der „Gewohnheitsmäßigkeit" können auch Fälle der qualifizierten Kuppelei aus § 181 herbeigezogen werden; RG. III 1. März 82 E. 6 132.

11) Nach der zweiten Alternative des § 180 ist die Kuppelei strafbar, wenn sie „aus Eigennutz" betrieben wird.

a) „Eigennutz" ist dasjenige auf eigenen Nutzen gerichtete Streben, welches zugleich Geboten der Moral zuwider nicht die gebührenden Rücksichten auf die Interessen anderer nimmt (RG. I 17. Jan. 84, 27. Okt. 83, IV 3. Mai 87, N. 6 35, E. 9 129, 16 56), mag es auch auf an sich nicht verwerflichen Motiven beruhen; vgl. aber Thomsen Verbrechensmotiv, insbs. S. 335, 337. Der angestrebte „Nutzen" muß zwar ein materieller, braucht aber kein Vermögensvorteil zu sein, so daß der E. insofern der Gewinnsucht (§ 133 N. 8) gleichsteht; so RG. III 13. Nov. 82 N. 4 810 (E. umfasse alle Befriedigungsmittel, die dem eigenen Nutzen, dem selbstischen materiellen Interesse des Individuums nach s. Auffassung zu dienen bestimmt seien, gleichviel ob es dabei um eine Befriedigung der Habgier schlechthin oder um diejenige anderer körperl. Lebensbedürfnisse sich handele), zit. E. 16 56 (angenommen bei der Befriedigung eines körperl. Gelüstes o. der physischen Genußsucht durch Beanspruchung der, wenn auch nicht unentgeltlichen, Gestattung des Beischlafes), ferner: Geyer 2 35, H. Meyer S. 749, Schütze S. 344 N. 27, Frank N. v 2, Rubo N. 3, Villnow GS. 30 152, Fuld aO.; aM.: Berner S. 470 N. 1, Binding Lb. 1 207, v. Liszt S. 379, Hälschner 2 690, v. Schwarze N. 7 u. HH. 3 319, „Eigennutz" sei gleich gewinnsüchtiger, d. h. auf Vermögensvorteile gerichteter Absicht. Der Unterschied von der Gewinnsucht besteht aber darin, daß nicht ein „Gewinn", sondern nur ein Nutzen angestrebt wird, der auch in der Vermeidung einer Vermögensverringerung bestehen kann; so zit. RG. N. 6 35 (es sei gleichgültig, ob der Nutzen in der Erlangung eines künftigen Vermögensvorteiles o. in der Erhaltung einer bereits fließenden Einnahmequelle o. der Vermeidung eines künftigen Vermögensnachteiles bestehen solle). Keinesfalls ist erforderlich, daß ein außerordentlicher Gewinn gesucht werde; der Eigennutz kann deshalb bei Vorschubleistung durch Vermieten einer Wohnung schon darin gefunden werden, daß der Täter aus deren Vermieten einen Gewinn ziehen (RG. II 28. Mai 80 N. 1 828, zit. N. 6 35, IV 10. Juli 94 E. 26 40), bei Vorschubleistung durch Duldung der U. im Gastlokal darin, daß der Täter für sein Lokal eine erhöhte Frequenz bzw. für seine Getränke einen Absatz erzielen wollte (Berlin 4. Feb. 74 O. 15 53). Schon hieraus folgt, daß, wenn auch der gesuchte Nutzen ein eigener sein muß (so zit. RG. N. 4 810; aM. Villnow aO., Eigennutz drücke nur den Gegensatz zum Nutzen des Verkuppelten aus), er doch ein mittelbarer sein kann; so: Berlin 27. Jan. 71 O. 12 54 (der Täter wendete durch seine Handlung seiner ihn ernährenden Mutter Vorteile zu), v. Schwarze HH. 3 319, Schütze S. 344 N. 27, Oppenh.-D. N. 8.

b) „Aus" Eigennutz muß die K. betrieben worden sein; E. muß folglich das Motiv der Hdlg. gewesen sein; so RG. zit. E. 9 129, III 15. Feb. 94 E. 25 142; aM. Thomsen Verbrechensmotiv S. 70, 288, es handle sich um eine Charaktereigenschaft. Es reicht deshalb einerseits ein sich bei der K. für den Kuppler ergebender Nutzen zur Erfüllung des Tatbestandes nicht aus, falls nicht die Tätigkeit auf ihn abzielte (Rubo N. 3, Villnow aO. S. 153), andererseits aber ist es für den Tatbestand gleichgültig, ob die K. dem Täter wirklich einen Nutzen brachte oder nicht; v. Schwarze N. 7 u. HH. 3 319. Auch das ist gleichgültig, ob die Erreichung des angestrebten Nutzens eine mehr oder minder wahrscheinliche ist, ob sie in näherer oder weiterer Aussicht steht, endlich ob sie unbedingt oder nur unter gewissen, vom Willen des Täters mehr oder minder unabhängigen Voraussetzungen und Bedingungen erwartet werden kann; so zit. RG. E. 9 129, in der Absicht, „die Vaterschaft zu dem allenfalls zu gewärtigenden Kinde und die Alimentationspflicht bezüglich desselben von sich abzuwälzen", liege ein i. S. des § 180 ausreichendes Motiv.

12) Die Inhaber polizeilich konzessionierter Bordelle sind vom Gesetze nicht ausgenommen; ihre Hdlg. fällt daher an sich (d. h. ohne Rücksicht auf Dolus; N. 13) unter die Strafbestimmung des § 180, da nicht anzunehmen ist, daß die diesem zugrunde liegende Rechtsnorm durch Landesrecht beschränkt werden könne. So: RG. I 29. Jan. 80 E. 1 88,

Digitized by Google

Gutachten der Universitäten Erlangen, Freiburg, Halle, Heidelberg, Leipzig, Marburg, Rostock, Straßburg, Tübingen, Würzburg in „Das StGB. u. polizeil. konzess. Bordelle; Aktenstücke" S. 162, 134, 182, 117, 105, 189, 250, 93, 202, 307, Berner S. 471, Geyer 2 34, Hälschner 2 690, Kayser HH. 4 60, v. Liszt S. 378, v. Wächter S. 512 N. 3, Oppenh.-D. N. 5c, v. Schwarze N. 11. AM.: Gutachten der Universitäten Bonn, Jena, Kiel, München aO. S. 270, 301, 257, 279, H. Meyer S. 750 (mit Rücksicht auf die materielle Bedeutung des § 361[9]). Eine Mittelmeinung vertreten die Gutachten der Universitäten Berlin u. Göttingen, aO. S. 234, 154, sowie Schütze S. 344 N. 27, § 180 sei zwar an sich auf die Inhaber polizeil. konzess. Bordelle anwendbar, bei einer die polizeil. Konzessionierung gestattenden Landesgesetzgebung seien jedoch die StAschaften u. Gerichte nicht in der Lage, jener Ansicht Folge zu geben. Auch die dem einzelnen erteilte Erlaubnis, unter sittenpolizl. Kontrolle stehende Dirnen als Mieterinnen aufzunehmen, ist deshalb an sich für den Tatbestand der K. bedeutungslos.

13) Der Dolus der Kuppelei erfordert das Bewußtsein, daß durch die geübte Tätigkeit objektiv die U. befördert werde; RG. III 18. Mai 82, 21. Mai 85, E. 7 118, N. 7 317, I 19. Okt. 96 E. 29 108.

Übrigens ist es fraglich, ob und inwieweit der Dolus bei den Inhabern von Bordellen (bzw. den Vermietern) durch Erteilung einer polizeil. Konzession und Veranlagung zur Gewerbesteuer (bzw. durch Erteilung einer Vermietungserlaubnis) ausgeschlossen werde. Es ist dieses Tatfrage und hängt davon ab, ob dadurch im Einzelfalle das zum Dolus einer jeden vorsätzlichen strafb. Hdlg. gehörige Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 30 f.) aufgehoben wurde. So: Gutachten der Universitäten Straßburg, Leipzig, auch Berlin aO. (N. 12) S. 88, 106, 233, obgleich letzteres der Ausschließung des Dolus nicht sehr geneigt ist; ferner: Binding Lb. 1 207, Hälschner 2 690. AM. einerseits: Gutachten von Halle aO. S. 181, Schütze S. 344 N. 27, der Dolus sei durch Erteilung einer polizeil. Konzession stets, andererseits: RG. I 29. Jan. 80, 9. Juni 87, E. 1 88, N. 9 363, II 5. Juni 91 E. 39 227, Gutachten der Universitäten Erlangen, Freiburg, Heidelberg, Würzburg, aO. S. 164, 140, 116, 327, v. Liszt S. 378 N. 4, v. Schwarze N. 11, der Dolus werde dadurch niemals ausgeschlossen.

14) Bei der selbständigen Natur des Kuppeleivergehens (N. 2$_4$) kann es an sich keinem Zweifel unterliegen, daß auch strafb. Teilnahme (T. I Abschn. 3) daran stattfinden könne; so die GM., insbs.: RG. II 14. Juni 81, IV 25. Okt. 89, E. 4 252, 20 12 (beide btr. Anstftg); auch IV 28. Juni 04 E. 37 218, demzufolge aber in der Ausübung der öffentlichrechtl. Pflicht eines Polizeibeamten, der im Aufsichtswege Anordnungen sittenpolizeil. Art gg. Bordelldirnen trifft, grundsätzlich eine strafbare Teilnahme (i. S. der StPO. § 56[3]) nicht gefunden werden kann. Wegen Beihilfe (§ 49) zur gewohnheitsm. K. vgl. § 150 N. 4.

Fraglich ist dagegen, ob die Personen, deren U. befördert werden soll, der strafb. Teiln. sich schuldig machen können. Die Frage ist zu verneinen; zwar ist der gegenteiligen Ansicht zuzugeben, daß der Anwendung der allgemeinen Regeln über die Strafbarkeit der Teiln. auf die strafb. K. der äußere Tatbestand nicht entgegensteht, da namentl. nicht die Absicht (das Motiv), sondern der Vorsatz des Teilnehmers entscheidet (vgl. §§ 48 N. 14, 49 N. 16), so daß es keineswegs erforderlich sein würde, daß der Teilnehmer seinerseits gewohnheitsmäßig o. eigennützig handelte. Gegen die Annahme einer solchen Teilnahme spricht aber die innere Natur des Verg. und diese begründet eine Abweichung von den allg. Grundsätzen des T. I Abschn. 3 (das. N. 9). Das Wesen der strafb. K. besteht in der Förderung fremder U., ohne jede Rücksicht auf deren Strafbarkeit (N. 2$_4$); legt aber das Gesetz auf die Strafbarkeit der U. selbst kein Gewicht, so will es auch den Unzuchttreibenden selbst nicht bestrafen, wenn es ausnahmsweise eine bestimmt geartete Beihilfe zur U., ohne Rücksicht auf deren Strafbarkeit, mit Strafe bedroht; allerdings ist die strafb. K. formell keine „Beihilfe" zu fremder U. i. S. des § 49, weil der Betrieb der konkreten U. nicht erfordert wird (N. 3); allein materiell ist doch die „Förderung der Unzucht" Beihilfe zu fremder U. So: Binding Hb. 1 361 u. Lb. 1 206 (aus dem Grunde der Subsidiarität der Verbrechensformen; vgl. § 73 N. 13b), Geyer 2 34, Kohler Studien 1 136; im Ergebnisse außer Rubo ferner: Hälschner 2 691, v. Liszt S. 378, Merkel S. 370,

Digitized by Google

H. Meyer S. 750, Frank N. VI, Oppenh.-D. N. 11, v. Schwarze N. 2 u. HH. 3 318, v. Kries ZStrW. 7 540, Freudenthal Notw. Teiln. S. 120; vgl. auch Rüd.-St. N. 5, der Gekuppelte sei in der Regel nicht Teilnehmer an der K. AM. RG. II 14. Juni 81, I 13. Apr. 92, IV 22. Mai 94, E. 4 252, 23 69, 25 369, teils Anstftg., teils Beih. btr. u. zwar zur K. aus § 180 bzw. aus Nr. 1 u. 2 des § 181, zustimmend Beling ZStrW. 18 271; nach dem zit. E. 4 252, insbs. 255, bildet es dabei für diese Formen der Teilnahme keine Voraussetzung, daß auch beim Anstifter o. Gehilfen das Merkmal der Gewohnheitsmäßgkt. o. des Eigennutzes zutreffe; es würde dies zwar beim Mittäter (§ 47) erfordert werden müssen, allein nach RG. II 1. Mai, III 26. Mai 00, G. 47 291 ist Mittäterschaft seitens desj., dessen Unz. gefördert werden soll, überhaupt ausgeschlossen.

15a) Einmalige gleichzeitige Förderung mehrerer fremder Unzuchtsakte ist, da sie immer nur „eine und dieselbe Handlung" i. S. des § 73 (das. N. 2) bildet, stets nur ein Vergehen der K.; in der mehrmaligen Förderung der U. derselben Person kann Ein fortgesetztes Verg. (§ 73 N. 6 ff.) liegen.

b) Verschiedene Fälle der gewohnheitsm. K. treten nicht miteinander in Realkonk. (§ 74), sondern bilden ein einheitliches Kollektivdelikt (§ 73 N. 5d, 21d; vgl. § 150 N. 5), dagegen können verschiedene Fälle der eigennützigen K. miteinander in Realkonk. treten, oder auch nach Umständen ein fortgesetztes Delikt (§ 73 N. 6 ff.) bilden. Auch hat RG. IV 2. Juli 01 E. 34 310 (unter Aufgabe von G. 47 373) angenommen, daß die „gewohnheitsm. u. durch dieselbe fortgesetzte Hdlg. eigennützig" begangen werden könne; vgl. § 260 N. 5b.

c) Endlich kann aber die gewohnheitsm. K. mit eigennütziger K. — sei es in einem Falle, sei es in mehreren real konk. Fällen — in Idealkonk. treten (§ 73 N. 21a); so RG. II 10. Nov. 82, I 21. Dez. 83, E. 7 229, 10 22 (abweichend früher III 18. Dez. 80 N. 2 651, dem jedoch das von dem § 181 N. 7 zit. E. 6 132 angenommene Prinzip entgegensteht), ferner Oppenh.-D. N. 9; aM.: Binding Hb. 1 354 N. 12 u. Lb. 1 207 N. 2 (der das zit. RG. 10 22 als höchst bedenklich bezeichnet), Hälschner 2 690, Schmidt-Ernsthausen ZStrW. 24 224.

d) Wegen Zusammentreffens mit schwerer Kuppelei vgl. § 181 N. 7₂, wg. des Verhältnisses zum § 181a das. N. 9, wg. Zusammentreffens mit gewerbm. U. aus § 361⁶ das. N. d u. RG. III 17. Juni 01 G. 48 356.

16) Die ordentliche Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16), neben welcher auf Geldstrafe von 150—6000 M. (§ 27) erkannt werden kann. Bei mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13b ff.) kann die Gefängnisstr. auf 1 T. ermäßigt werden. Als Nebenstrafen können erkannt werden: a. nach Satz 2 i. V. mit § 32 VbER.; b. ZulPolAuff. (§§ 38 ff., insbs. § 38 N. 5, 6).

Soweit die Strafandrohungen durch das G. v. 25. Juni 1900 gegenüber der früheren Fassung des § 180 verschärft worden sind, greift § 2 Abs. 2 Platz. Ist aber das gewohnheitsm. V. unter Geltung teils des milderen, teils des härteren G. begangen, so kommt dasjenige G. zur Anwendung, unter dem die Tat zum Abschluß gelangte; RG. III 24. Jan. 01 G. 48 120.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung des gewohnheitsm. V. vgl. § 67 N. 14b.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 181.

Die Kuppelei ist, selbst wenn sie weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz betrieben wird, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wenn

1. um der Unzucht Vorschub zu leisten, hinterlistige Kunstgriffe angewendet werden, oder
2. der Schuldige zu der verkuppelten Person in dem Verhältnisse des Ehemanns zur Ehefrau, von Eltern zu Kindern, von Vormündern zu Pflege-

Digitized by Google

befohlenen, von Geistlichen, Lehrern oder Erziehern zu den von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen steht.

Neben der Zuchthausstrafe ist der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auszusprechen; auch kann zugleich auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Sind im Falle des Absatz 1 Nr. 2 mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

PrStGB. § 148. Entw. I § 158, II § 179.

Entw. d. G. v. 25. Juni 1900. Aktenst. 1898/1900 Nr. 112, 834. StB. 1898/1900 S. 5691 ff.

1) Die im § 181 behandelten Fälle der sog. schweren Kuppelei, die als kumulative Mischtatbestände sich darstellen (Wertheimer Mischgesetze S. 43), enthalten nicht den Tatbestand einer einfachen K. unter Hinzutritt gewisser straferh. Umst., vielmehr begründen die in den N. 1 u. 2 hervorgehobenen Momente überhaupt erst die Strafbarkeit der K., genau wie die Gewohnheitsmäßigkeit und der Eigennutz im Falle des § 180, weshalb auch § 50 (das. N. 2a) auf die schwere K. aus Nr. 2 keine Anwendung findet; RG. II 19. Juni 91 E. 22 51. Es ist deshalb ausschließlich Sache der Redaktion, wenn im § 181 nicht der Tatbestand der an sich straflosen K. (§ 180 N. 1) wiederholt wird, sondern lediglich eine Bezugnahme auf ihn durch die Worte „Die Kuppelei ist, rc." stattfindet. Nicht nur sachlich gelten deshalb (und zwar jetzt im vollen Umfange; vgl. N. 3) für den Tatbestand des Verbr. der K. die Bemerkungen über den Begriff der K. zum § 180 N. 2—9 gleichfalls, sondern es muß auch in formeller Beziehung eine alle Momente der K. umfassende Feststellung erfolgen. Dagegen ist durch die Worte „wenn sie (sc. die K.) weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz betrieben wird" ausgesprochen, daß die gewohnheitsmäßige Begehung sowohl wie das Motiv des Eigennutzes, die für den Fall der einf. K. (§ 180) strafbegründend wirken, für die Fälle des § 181 nicht einmal die Bedeutung straferh. Umst. haben; RG. III 1. März 82 E. 6 132.

2) Nach Nr. 1 ist die K. strafbar, „wenn, um der Unzucht Vorschub zu leisten, hinterlistige Kunstgriffe angewendet werden" (wobei die auf der Novelle vom 25. Juni 1900 beruhende Ersetzung des Perfektums durch das Präsens ohne sachliche Bedeutung ist; Heilborn G. 47 278). Die „Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe" muß also mit dem Vorsatze geschehen sein, dadurch die K. zu vollbringen; Binding Normen 2 602 N. 894. Mit der Anwendung des Mittels ist dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt, ohne daß der im Einzelfalle beabsichtigte Unzuchtsbetrieb stattgefunden zu haben braucht; RG. IV 26. Jan. 92 E. 22 311.

a) Unter „Kunstgriffen" sind mit einer gewissen Geschicklichkeit getroffene Maßnahmen zu verstehen; ähnlich zit. RG. E. 22 311 (außer einer mit besonderer Geschicklichkeit ausgeführten Manipulation im übertragenen S. auch geschickt getroffene Vorkehrungen o. schlaue Benutzung gegebener Verhältnisse); vgl. auch Villnow aO. S. 153.

b) „Hinterlist" ist — nach Grimms Wörterbuch — „Kunst hinter jemandes Rücken zu dessen Schaden angewendet, verstärkte Arglist". Zu der „Arglist" (§ 170 N. 3) tritt also noch das Moment hinzu, daß die Tätigkeit eine versteckte ist, so daß der andere Teil die List womöglich erst dann erkennt, wenn ihr Zweck erreicht oder wenigstens gesichert ist; Rubo N. 1. Vgl. zit. RG. E 22 311, das auf die gleiche Wortbedeutung im § 223a (das. N. 7) hinweist, sowie RG. III 2. Dez. 97 G. 46 38 (ein arglistiges täuschendes Verhalten, darauf abzielend, einen anderen in Irrtum zu versetzen), ferner Schütze S. 341 N. 27, „hinterlistiger Kunstgriff" sei „jedes auf Täuschung des einen oder beider Teile berechnete nicht offen ersichtliche Mittel des Betruges", endlich Schütze Anh. S. 19 N. 3 sowie Meves § 223a N. 4, die betonen, daß „wider das berechtigte Vermuten" des anderen Teiles etwas bewirkt werde. Unzulässig ist es jedenfalls, wenn v. Liszt S. 379 (354 N. 5) u. v. Schwarze HH. 3 320 „Hinterlist" mit „List" (vgl. § 234 N. 5a) gleichstellen.

Digitized by Google

Daß die „Hinterlist" bzw. die „hinterlistigen Kunstgriffe" in der Tat eine Täuschung hervorgebracht haben, ist nicht erforderlich; Hälschner 2 692, Meves § 223a N. 4, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 2.

3) Nach Nr. 2 ist die K. strafbar, „wenn der Schuldige zu der verkuppelten Person in einem der daselbst bezeichneten Verhältnisse steht".

Das Verhältnis muß vorliegen zwischen dem Kuppler und der „verkuppelten Person" — während das Verhältnis zu demjenigen, der mit dieser U. treiben wollte, an sich nicht in Betracht kommt; unrichtig ist es aber, wenn Binding Lb. 1 209 gegenüber dem N. 4 b β zit. RG. 16 49 geltend macht, daß beim Beischlaf der männliche Teil mit dem weibl. die U. treibe; das hängt vielmehr von den Umständen ab.

Während der Deliktstatbestand der Nr. 2 nach der früheren Fassung erforderte, daß mit der Person, die zum Kuppler („Schuldigen") in dem bezeichneten Verhältnisse steht, Unzucht getrieben worden sei, die vollzogene U. somit zur Vollendung dieses Verbrechenstatbestandes gehörte, ist — nach der Begründung der Regierungsvorlage (Drucks. 1898/1900 Nr. 112) — die jetzige Fassung ausdrücklich gewählt, um eine Übereinstimmung mit dem allg. Deliktstatbestande der Kuppelei (§ 180 N. 3) herbeizuführen, so daß die frühere „Einengung des Tatbestandes" weggefallen ist.

4) Die einzelnen nach Nr. 2 in Betracht kommenden Verhältnisse sind:

a) „Ehemann" einerseits, „Ehefrau" andererseits. Die Einreihung dieses Verhältnisses unter die Fälle der schweren K. beruht auf der Novelle v. 25. Juni 1900; nach der Begründung des Entw. v. 3. Feb. 1899 (S. 6) ist sie erfolgt, weil der seine Ehefrau verkuppelnde Ehemann nur nach § 180 bestraft werden konnte, „dies aber nicht der schweren Verfehlung gg. die sittl. Pflichten entspreche, die ihm die Ehre der Ehefrau auferlege". Voraussetzung ist das Bestehen einer formell gültigen Ehe (§ 171 N. 3a); Scheidung (BGB. § 1564) beseitigt das Verhältnis; das gleiche muß aber auch von der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft (BGB. § 1575) gelten, da mit ihr die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen (abgesehen von der Lösung des Bandes) eintreten (§ 1586), insbs. also auch die aus der Ehe sich regelnden persönl. Rechte und Pflichten der Ehegatten gegeneinander beseitigt werden; Winkler GS. 58 245. Der Ehemann hat die Rechtspflicht, einem unzüchtigen Treiben seiner Ehefrau entgegenzutreten (BGB. §§ 1353_1, 1354_1) und kann deshalb schon durch Duldung eines solchen, falls er es zu verhindern in der Lage war, sich strafbar machen; so die § 180 N. 9 zitt. RG. E. 22 332, G. 39 435, 41 274, 50 394. Vielfach wird das Verhältnis jetzt auch aus dem Gesichtspunkt des § 181a zu prüfen sein; s. u. N. 7.

b) „Eltern", d. h. Vater oder Mutter (§ 182 N. 4_3) einerseits, „Kinder" andererseits.

α) Was zunächst den Begriff „Eltern" betrifft, so hatte das PrStGB. § 148^2 im Gegensatz zu seinem von der „Unzucht zwischen leiblichen Eltern und Kindern" sprechenden § 141 durch Fortlassung des Adjektivs angedeutet, daß es eine Beschränkung des Begriffs auf „leibliche Eltern" hier nicht im Sinne habe; Goltd. Mat. 2 310. Obschon in dem, dem PrStGB. § 141 entsprechenden, § 173 des RStGB. der Ausdruck „leibliche Eltern" in Wegfall gekommen ist, so darf doch, mangels eines jeden zu anderweitiger Auffassung berechtigenden Umstandes, angenommen werden, daß durch die im RStGB. § 181^2 erfolgte wörtliche Wiederholung des PrStGB. § 148^2 auch dessen Sinn beibehalten und „Eltern" nicht mit „leiblichen Eltern" gleichgeachtet werden sollte; vgl. auch § 221_2, wo ausdrücklich von „leiblichen Eltern" die Rede. Für die Begrenzung dieses Begriffs fällt aber ins Gewicht einmal, daß das StGB. überall da, wo es die Großeltern ꝛc. mit umfassen will, des Ausdrucks „Verwandte aufsteigender Linie" sich bedient (§§ 52, 173, 215, 223, 247); es können deshalb die Großeltern und weiteren Verwandten aufsteigender Linie auch im § 181^2 unter „Eltern" nicht mit verstanden werden. Dagegen sind unter Eltern, besonders wegen der Analogie mit § 174^1, auch die „Adoptiv- u. Pflegeeltern" zu verstehen, sowie ferner die Stiefeltern gemäß ihres nahen Verhältnisses zu den Stiefkindern, während das Vorliegen eines gleichen Verhältnisses zwischen Schwiegereltern u. -kindern richtiger zu verneinen ist. So: Binding Lb. 1 209, Geyer 2 35, Hälschner 2 693, v. Liszt S. 379 (361 N. 2), Schütze S. 344 N. 27, Rubo N. 3; speziell hinsichtl. der Stiefeltern: RG. III 6. Mai 82, 10. Apr.

Digitized by Google

93, E. 6 338, G. 41 41, u. hinsichtl. der Schwiegereltern RG. I 6. Apr. 03 E. 36 184. AM. einerseits Frank N. V 4 u. Oppenh.-D. N. 5 sowie Rüd.-St. N. 5, von denen jene unter „Eltern" nur die leiblichen, diese außerdem nur noch die „Stiefeltern" verstehen, andererseits Villnow GS. 30 154 sowie v. Schwarze N. 3 u. HH. 3 320, von denen jener unter „Eltern" auch die „Schwiegereltern", dieser sogar noch die weiteren Aszendenten umfaßt. Als Stiefvater hat nach BGB. (vgl. §§ 1705 f. i. V. mit § 1590) zweifellos auch der Ehegatte der Mutter eines unehel. Kindes im Verhältnisse zu diesem zu gelten; vgl. RG. II 7. Jan. 91 E. 21 257 (btr. PrALR.)

β) „Kinder" sind an sich nicht bloß die weiblichen, sondern auch die männlichen Geschlechts; v. Schwarze N. 4 u. HH. 3 320. Auch im übrigen unterscheidet das Gesetz nicht, so daß es gleichgültig ist, ob die Kinder minderjährig o. volljährig, selbständig o. unselbständig bzw. im Verhältnisse zur Mutter ehelich o. unehelich sind; RG. II 6. Mai 87 E. 16 49.

γ) Das fragliche Verhältnis liegt zwischen einem in einer Ehe lebenden Manne, als Vater, und den in der Ehe geborenen Kindern vor, solange die gesetzliche Vermutung für die Ehelichkeit der letzteren (BGB. §§ 1591 f.) nicht mittels der Anfechtungsklage rechtskräftig beseitigt ist.

δ) Die Eltern sind rechtlich verpflichtet (BGB. § 1631), einem unz. Verkehr ihrer Kinder mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln entgegenzutreten. Eine Pflicht zur Anzeige solchen unz. Treibens gegenüber der Polizei besteht jedoch für sie nicht; ob sie eine Pflicht haben, die in ihrer Wohnung U. treibenden Kinder aus dieser zu entfernen, ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden, da sich Fälle denken lassen, in denen sittliche Pflichten gegen solche Entfernung sprechen.

c) „Vormünder" einerseits, „Pflegebefohlene" andererseits; vgl. § 174 N. 12.

d) „Geistliche, Lehrer und Erzieher" einerseits, „die von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen" andererseits. Es finden hier die Bemerkungen zum § 174 N. 14 (außer den auf die Minderjährigkeit bezüglichen) Anwendung, da unter den letzteren Personen offenbar die im § 174[1] bezeichneten „Schüler und Zöglinge" zu verstehen sind; vgl. auch v. Schwarze N. 3 u. HH. 3 320, es seien in der Hauptsache dieselben Kategorien; aM. Villnow aO. S. 154.

5) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist in beiden Fällen der schweren K. denkbar.

a) Im Falle der Nr. 1 liegt Versuch vor, wenn, trotz eines Anfanges der Ausführung ein „Vorschubleisten" der U. nicht eintrat (§ 180 N. 3, 4).

b) Im Falle der Nr. 2 ist Versuch, der schon nach der früheren Fassung des Gesetzes (vgl N. 3) nicht für ausgeschlossen zu erachten war (RG. III 18. Okt. 85 E. 7 118, II 16. Jan. 85 N. 7 34), gleichfalls denkbar; Frank N. III, Oppenh.-D. N. 3.

6) Wg. Teilnahme (T. I Abschn. 3) an dem Verbr. aus Nr. 2 vgl., außer N. 1 btr. Nichtanwendbarkeit des § 50, N. 14 zum § 180; der dort vertretenen Auffassung entsprechend: Binding Hb. 1 361 (anders btr. Nr. 1, weil es hier um einen selbständigen Angriff wider die geschlechtl. Sittlichkeit sich handele) und hinsichtlich des den Unzuchtsbetrieb Vorhabenden v Kries ZStrW. 7 528; aM. insbs. das dort zit. RG. E. 25 369.

7) Durch die Gewohnheitsmäßigkeit der Begehung wird bei der schweren K., da sie hier weder die Strafbarkeit begründet, noch erhöht, die Zusammenfassung der Mehrheit der gewohnheitsmäßig begangenen Hdlgen zu einer gesetzlichen Einheit (§ 73 N. 5) nicht bewirkt, so daß Realkonk. (§ 74) vorliegt, sofern nicht aus einem anderen Grunde das Vorliegen „einer und derselben" Hdlg. (§ 73) anzunehmen ist; RG. III 1. März 82 E. 6 132.

Hinsichtlich der Konkurrenz führt das zit. RG. E. 6 132 aus, daß die nach § 181 zu strafenden Fälle der schweren K. durch dabei vorliegenden gewohnheitsmäßigen Betrieb der K. nicht zu einem Kollektivverbr. gegen § 181 zusammengefaßt werden dürften, daß vielmehr die unter § 181 zu subsumierenden Einzelfälle als im Verhältnisse der Realkonk. unter sich und zu dem nach § 180 zu strafenden Kollektivverg. zu betrachten seien. Mit letzterem kann jedoch nur Idealkonk. vorliegen; vgl. §§ 73 N. 21 a, d, 180 N. 15 b, c; Binding Hb. 1 354 (auch S. 553 insbs. N. 19), Lb. 1 209 u. Normen 1 204 sowie Hälschner 2 692 nehmen nur eine (fortgesetzte) K. mit mehreren Qualifikationsgründen an, so daß § 181 allein anzuwenden sei.

Digitized by Google

Wg. des Verhältnisses zu § 181a vgl. das. N. 9, ferner der Nr. 1 des § 181 zum G. über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897 § 48 f. Binding Lb. I 207 u. Hatzig ZStrW. 20 520.

8a) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist im Falle des Abs. 1 Nr. 1 unbedingt, im Falle der Nr. 2 wenigstens ordentlicher Weise Zuchth. v. 1—5 J. (§ 14_2). Für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.), die bei Abs. 1 Nr. 2 zugelassen sind, tritt Gefängnis bis 5 J. ein (§ 16). Stets ist Geldstr. fakultativ daneben zulässig (§ 27), u. zwar von 150—6000, bzw. bei mild. Umst. von 3—3000 M.; sie muß neben Zuchth. nach § 28_3 für den Fall der Unbeitreiblichkeit gleichfalls in Zuchth. umgewandelt werden. Als Nebenstrafe ist angedroht nach Abs. 2: obligatorisch (ausnahmsweise) BbER. (§ 32 N. 3_3), fakultativ ZulPolAuff. (§§ 38 f.), nach Abs. 3 kann neben Gefängnis BbER. erkannt werden (§ 32).

b) Die Bestrafung des Versuchs (N. 5) erfolgt nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 (vgl. namentl. N. 3 wegen des BbER.).

c) Soweit die Strafandrohungen durch fakultative Zulassung der Geldstrafe neben Zuchth. gegenüber der früheren Fassung des § 181 verschärft, bzw. durch Zulassung mild. Umst. gemildert worden sind, greift § 2 Abs. 2 Platz; vgl. § 180 N. 16_2.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73^1.

§. 181a.

Eine männliche Person, welche von einer Frauensperson, die gewerbsmäßig Unzucht treibt, unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes ganz oder theilweise den Lebensunterhalt bezieht, oder welche einer solchen Frauensperson gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt oder sonst förderlich ist (Zuhälter), wird mit Gefängniß nicht unter Einem Monate bestraft.

Ist der Zuhälter der Ehemann der Frauensperson, oder hat der Zuhälter die Frauensperson unter Anwendung von Gewalt oder Drohungen zur Ausübung des unzüchtigen Gewerbes angehalten, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht sowie auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde mit den im § 362 Abs. 3 und 4 vorgesehenen Folgen erkannt werden.

Entw. d. G. v. 25. Juni 1900. Aktenst. 1898/1900 Nr. 112, 834. StB. 1898/1900 S. 5691 ff.

G. btr. Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v. 14. Juli 1904 § 2.

Zu Absatz 1. N. 1—6.

1) Während die sog. „Zuhälter" bisher nur auf Grund des § 180 (vgl. das. N. 6 zit. RG. E. 11 149) zur Strafe gezogen werden konnten, soll durch § 181a — ausweislich der Begründung der Bundesratsvorlage (o. S. 7) — ermöglicht werden, „gegen das Zuhältertum als solches" strafrechtlich einzuschreiten; das Treiben der Zuhälter ist deshalb zum Gegenstand „eines besonderen Vergehens" gemacht. Demgemäß wendet § 181a sich zunächst „gegen jede männliche Person, die von einer Prostituierten unter Ausbeutung ihres unsittl. Erwerbes den Lebensunterhalt bezieht", dann aber ist, „um (wie es in der Begründung heißt) der Vorschrift die praktische Wirksamkeit zu sichern", ihre Anwendung auf den Fall erstreckt, daß die männliche Person gewohnheitsmäßig o. aus Eigennutz einer Prostituierten in bezug auf die Ausübung ihres unzüchtigen Gewerbes . . . förderlich ist". Der Vergehensbegriff der Zuhälterei ist also nach dem Gesetz kein einheitlicher, vielmehr stellt § 181a zwei kumulative Mischtatbestände auf; aM. Wertheimer Mischgesetze S. 43, es enthalte Abs. 1 bloße Modalitäten der Hdlg., ein sog. alternatives Mischgesetz, Abs. 2 dagegen ihrem Wesen nach verschiedene straferhöh. Umst., so daß eine alternative Feststellg. unzu-

Digitized by Google

lässig. Während der erste Mischtatbestand wesentlich ein Ausbeutungsdelikt enthält (Schmidt-Ernsthausen ZStrW. 24 184 ff. „ausbeuterische Zuhälterei"), stellt der zweite als eine Abart der Kuppelei sich dar (Schmidt-Ernsthausen: „zuhälterische Kuppelei", besser wohl: kupplerische Zuhälterei); gemeinsam ist aber beiden Tatbeständen, daß sie vorzugsweise zugleich einen polizeil. Charakter tragen, da sie ihre Grundlage in der Gemeingefährlichkeit der zuhälterischen Gemeinschaft haben und „den der öffentlichen Ordnung widerstrebenden Zustand des Zuhältertums" als solchen (Komm.Ber. Altenst. 1898/99 Nr. 312 S. 10) unter Strafe stellen wollen. Trotzdem erklären v. Liszt S. 380 u. ZStrW. 21 132 sowie Herr ZStrW. 21 [illegible] im wesentlichen auch Jaffa: Begriff des Zuhälters S. 5, die Zuhälterei lediglich für ein Ausbeutungs- und Vermögensdelikt, während Schlecht GS. 60 1 ff. und Schmidt-Ernsthausen aO. umgekehrt sie als reines Polizeidelikt in Anspruch nehmen. Binding Lb. 1 211 bemerkt, daß der erste Mischtatbestand als Ausbeutungsdelikt sich darstelle, erkennt aber im übrigen an, daß die Bestrafung der Zuhälterei wesentlich zum Schutze des Publikums dienen solle. Zweifelhaft erscheint, welche Bedeutung für den Begriff des Berg. dem im Gesetz in Abs. 1 hinter der Normierung des zweiten Mischtatbestandes in Klammern hinzugefügten (in Abs. 2 wiederholten) Worte „Zuhälter" beizumessen ist, das an sich unbedenklich auf beide Tatbestände des §. sich bezieht (unrichtig Kolligs DJZ. 6 183, der den Ausdruck „Zuhälter" nur auf die zweite Alternative des Abs. 1 bezogen wissen will). Nach den Kommissionsverhandlungen sollte die Bezeichnung des Täters als „Zuhälter" dazu dienen, um einer zu weit gehenden Auslegung der Worte „sonst förderlich sein" zu verhüten, vor allem aber überhaupt Klarheit btr. der Tragweite der gesetzlichen Bestimmungen zu schaffen und ihre Richtung gegen das Zuhältertum als solches zu begrenzen. Formell ist der eingeschlagene Weg insofern eigentümlich, als der in Parantheſe gesetzte Ausdruck „Zuhälter" an sich nur die gemeinverständliche technische Benennung des Täters i. S. des vorhergehenden Deliktstatbestands ist, in der Sache aber wird nicht zweifelhaft sein, daß, wenn das eingeklammerte Wort „Zuhälter" auch nicht die Bedeutung eines der ausdrücklichen Feststellung bedürftigen Tatbestandsmerkmals hat, damit doch für beide Mischtatbestände zum Ausdruck gebracht werden soll, daß eine persönliche Beziehung des Täters zu der Dirne vorliegen muß, aus der erkennbar wird, daß er im Hinblick auf ihr unzüchtiges Gewerbe zu ihr hält, und es ist deshalb auch stets eine Feststellung derj. Umstände erforderlich, die den Täter als „Zuhälter" in diesem Sinne erscheinen lassen; RG IV 4. Jan. 01, II 10. Jan. 02, E. 34 72, 35 56. Diese persönliche Beziehung des Täters zu der Prostituierten, das „Zu-ihr-halten", wird vorzugsweise in dem mindestens auf eine gewisse Dauer berechneten Verkehr zwischen beiden und ihrem beiderseitigen Einverständnis über den Betrieb des unzüchtigen Gewerbes, sowie in der Beteiligung des Zuhälters an dem letzteren, sei es durch Teilnahme an dem Ertrage, oder durch Förderung des Gewerbes selbst sich zeigen; sie kann sich steigern bis zur Gemeinsamkeit der Wohnung und des Haushalts, ja bis zur völligen Lebensgemeinschaft, der Zuhälterehe.

2) Gemeinsam ist beiden Mischtatbeständen, daß als Täter nur „eine männliche Person" in Frage kommen kann und daß das Verg. nur mit bezug auf „eine Frauensperson" begangen werden kann, „die gewerbsmäßig U. treibt"; vgl. dem gegenüber § 180 N. 2. Unter die Strafandrohung des § 181a fällt also nicht die weibliche Zuhälterei und auch nicht der Zuhälter eines Päderasten, dagegen kommt es im übrigen auf Alter oder Geschlechtsreife des männlichen Täters nicht an. Über den Begriff einer Frauensperson, die gewerbsmäßig U. treibt, vgl. § 361 Nr. 6 und § 260 N. 1, 2, 5a (rechtsgrundsätzlich auch hier nicht mehr als ein Fall erforderlich; RG. IV 26. März 01 G. 48 135). Da die Gewerbsunzucht voraussetzt, daß die Dirne einem individuell nicht bestimmten Kreise von Männern gg. Entgelt sich preisgibt oder preisgeben will (das § 361 Nr. 6 N. a a zit. RG. G. 47 440), so kann eine Frauensperson, die „aus festem Verhältnisse", ihre Einnahmen bezieht, für den Tatbestand des § 181a nicht in Frage kommen. So: Liszt S. 380, Schmidt-Ernsthausen S. 204. AM. Schlecht aO. S. 10 und zum Teil Jaffa S. 479. Ob die Frauensperson selbst durch den Unzuchtsbetrieb oder die Art des Betriebs sich strafbar macht (§ 361 Nr. 6), ist für den Tatbestand des § 181a ohne Bedeutung.

Digitized by Google

3a) I S. des ersten Mischtatbestands ist unter „Lebensunterhalt" die Gesamtheit der Aufwendungen zu verstehen, die im allgemeinen von einer männlichen Person zur Bestreitung ihrer Lebensbedürfnisse gemacht werden; indessen ist der Begriff nicht auf das zum Leben Notwendige zu beschränken, vielmehr sind darunter auch die auf eine bessere und reichlichere Lebensführung über das unbedingt Nötige hinaus verwendeten Ausgaben zu begreifen; RG. II 28. Jan. 02 E. 35 92, 14. Juni 04 G. 51 . Lebensunterhalt umfaßt auch mehr als Ernährung (§ 361 Nr. 10 N. a), so daß auch Gewährung von Wohnung bzw. Schlafstelle unter das Gesetz fällt. Die auf dem Bestehen sittlicher Pflichten beruhenden Normen des bürgerlichen Rechts über Unterhalt (BGB. §§ 1610, 1611) können zur Bestimmung des Begriffs des Lebensunterhalts im strafrechtl. S. nicht herangezogen werden; zit. RG. E. 35 92; unzulässig ist es auch, das Verhältnis des Zuhälters zur Prostituierten unter den Gesichtspunkt zweier Gesellschafter zu bringen, da das Recht keine Gesellschafter kennt, die zur Erreichung eines gg. die guten Sitten verstoßenden Zwecks sich vereinigen; zit. RG. G. 51 .

b) Von dem „Beziehen" des Lebensunterhalts kann nur gesprochen werden, wenn ein auf eine gewisse Dauer berechnetes Verhältnis in Frage steht, die Gewährung des Unterhalts also einem dauernden Bedürfnisse entspricht. Bloße vereinzelte Zuwendungen können nicht für ausreichend angesehen werden; RG. IV 8. März 01 E. 34 215, zit. 35 92, Heilborn G. 47 281. Strafbar ist aber schon das „teilweise" Beziehen des Lebensunterhalts, so daß es genügt, wenn der Täter nur einen Teil der oben bezeichneten Aufwendungen aus dem Erwerbe der Dirne tatsächlich erhalten hat, ohne daß es darauf ankommt, ob die Bezüge, die der Täter sonst noch hat, an sich zu seinem Lebensunterhalt ausgereicht haben würden.

4) In subjektiver Beziehung erfordert der erste Mischtatbestand zunächst Kenntnis des Täters, daß die Person, von der er den Lebensunterhalt bezieht, gewerbsmäßig U. treibt, so daß ein Irrtum des Täters über die Eigenschaft der Frauensperson als Prostituierten die Strafbarkeit ausschließen würde. Sodann aber ist Voraussetzung, daß das Beziehen des Lebensunterhalts von der Dirne seitens des Täters erfolgt „unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbs". Das Merkmal der Ausbeutung ist in das Gesetz eingeführt durch die zur Prüfung des Gesetzentwurfs von 1892 eingesetzte RT.Kommission, um die Fälle auszuschließen, „wo es sich um ein nach dem Zivilrecht wirklich gerechtfertigtes Beziehen von Alimenten handle" und zugleich „Arzt und Anwalt, welche von der Prostituierten ein ihnen zustehendes Honorar beziehen, vor der Möglichkeit, deshalb Strafe zu erleiden", zu schützen (Ber. der VIII. Komm. v. 22. März 1893, Drucks. Nr. 173). Daraus ergibt sich zunächst, daß Fälle, in denen es um Geltendmachung eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs oder lediglich um Durchführung berechtigter Forderungen sich handelt, nicht unter § 181a fallen können; im übrigen erfordert das Gesetz aber allein eine Ausbeutung des „Erwerbs", nicht des Abhängigkeitsverhältnisses (v. Liszt S. 380), so daß die bewußte Ausnutzung der Prostituierten als einer Erwerbsquelle für den Lebensunterhalt genügt (RG. IV 4. Jan. 01 E. 34 74) und nicht (wie nach § 302a) erforderlich ist, daß Notlage, Leichtsinn o. Unerfahrenheit der Prostituierten ausgenutzt werde. Selbst wenn die Gewährung des Lebensunterhalts durch die Prostituierte freiwillig erfolgt, ja sogar auf ihre Anregung zurückzuführen ist, wird dadurch eine Anwendung des § 181a nicht ausgeschlossen; RG. IV 8. März 01 E. 34 212. Da das „Beziehen" ein auf eine gewisse Dauer berechnetes Verhältnis voraussetzt (N. 3), muß auch der Vorsatz des Täters auf eine als ständig oder doch von gewisser Dauer gedachte Einnahmequelle gerichtet sein oder es muß der Täter die Zuwendungen mindestens mit dem Bewußtsein angenommen haben, daß das Verhältnis zu der Prostituierten den Charakter eines zeitweise dauernden habe; RG. zit. E. 34 215, IV 20. Dez. 01, II 14. Feb. 02, III 30. Apr., IV 2. Okt. 03, G. 48 454, 49 130, 50 282, 51 43 und da endlich der „Erwerb" nicht ohne weiteres mit dem „Erworbenen" gleichbedeutend ist, würde auch, falls die Dirne nebenher eine anständige Beschäftigung hat und den aus dieser stammenden Verdienst ihrem Genossen abgibt, während sie selbst vom Ertrage des Unzuchtsgewerbes lebt, doch der unsittliche Erwerb ausgebeutet sein, da ohne ihn die Zuwendungen der Prostituierten fortfallen würden; Schmidt-Ernsthausen aO. S. 206.

Digitized by Google

Erwerbsunfähigkeit o. Hilfsbedürftigkeit der männl. Person würde übrigens ihre Strafbarkeit nur unter den Voraussetzungen eines Notstandes (§ 54) ausschließen; RG. I 26. Sept. 04 G. 51 .

5) Der zweite Mischtatbestand: die Förderung einer Prostituierten in bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes ist, wie N. 1 hervorgehoben, im Grunde „Kuppelei", nur daß die Art, wie der U. Vorschub geleistet wird, nicht gleich der K. im techn. S. der §§ 180, 181 auf „Vermittelung" und „Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit" beschränkt ist, sondern daß zur Strafbarkeit in objektiver Beziehung jede Förderung der Dirne in bezug auf die Ausübung des unz. Gewerbes genügt. Wenn Binding Lb. I 212 und Heilborn G 47 279, 280 nur diejenige Förderung darunter verstehen wollen, die nicht K. im techn. S. ist, so findet eine solche Beschränkung in dem Gesetz keine Stütze. Die ausdrücklich erwähnte „Gewährung von Schutz" bildet, wie der Wortlaut ergibt („oder sonst förderlich ist"), nur eine besondere Art des Förderlichseins; Ber. der XI. Komm. Aktenst. 1898/99 Nr. 312 S. 13. Wesentlich für die Strafbarkeit jeder Förderung ist, daß sie erfolgt „in bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes". Wann dies der Fall ist, ist abstrakt schwer zu bestimmen, da mangels einer Einschränkung im Gesetze hierher nicht nur die direkte Förderung der unmittelbaren Ausübung der Gewerbsunzucht gehört, sondern auch die indirekte Förderung durch Akte, welche die Ausübung des unz. Gewerbes vorbereiten, erleichtern, sichern oder auch verdecken. Die bei der Beratung des Entw. ausgesprochene Ansicht, daß Förderung, die in Ausübung eines legitimen Gewerbes geschähe, nicht darunter fiele, erscheint in dieser Allgemeinheit nicht haltbar, da eine Gewerbshandlung an sich nicht anders zu beurteilen ist, wie eine nicht gewerbliche. Die Frage bleibt immer, ob der Handelnde mit seiner Tätigkeit der Prostituierten in bezug auf die Ausübung ihres unz. Gewerbes förderlich sein will und tatsächlich förderlich ist, eine Frage, deren Verneinung bei einem die Prostituierte behandelnden Arzte allerdings nicht zweifelhaft sein wird, die aber in anderen Fällen, z. B. bei einem „Friseur, der die Prostituierte schminkt" (Beispiel aus der Kommission), doch immer nur nach der gesamten Lage des Falls zu entscheiden ist.

a) Unter „Gewähren von Schutz" ist jede Handlung zu verstehen, durch welche die Sicherheit der Dirne erhöht wird; es fällt also darunter nicht bloß das unmittelbare Beschützen bei Streitigkeiten, sondern auch das offene oder heimliche Begleiten der Dirne bei ihren Ausgängen, um sie vor Entdeckung oder Ergreifung durch die poliz. Organe zu schützen oder ein Verweilen in der Nähe zum Schutze gegen den, mit welchem sie sich eingelassen hat. Voraussetzung der Strafbarkeit ist, daß der Schutz kein rechtlich statthafter sei; Binding Lb. I 212, Heilborn G. 47 280. Verteidigung der Dirne gegen rechtswidrige Angriffe auf sie bei Ausübung ihres Gewerbes fällt nicht darunter.

b) Unter „sonst förderlich sein" sind alle Handlungen zu begreifen, durch die der Prostituierten für die Ausübung ihres Unzuchtsgewerbes günstigere Bedingungen geschaffen werden, als sie vorher bestanden. Es wird also namentlich darunter fallen das Begleiten der Dirne auf den Straßen, oder an Lokale, auf oder in die sie nach den polizeilichen Vorschriften allein nicht gehen darf, das Aufmerksammachen auf Männer, mit denen sie Unzucht treiben kann, die Beihilfe zur Entziehung aus der ärztlichen Kontrolle, die Unterstützung bei Erlangung des Unzuchtsgewinns und dergl. Ebenso wie in bestimmten Einzelakten kann aber auch in dem Gesamtverhalten der männlichen Person, insbs. in dem Bereitsein zum Schutze der Prostituierten, in dem hierdurch hervorgerufenen Gefühl der größeren Sicherheit oder in sonstigen intellektuellen Einwirkungen, durch die einer tunlichsten Ausdehnung des unz. Gewerbebetriebes Vorschub geleistet wird, ein Förderlichsein gefunden werden; RG. IV 4. Jan. 01 E. 34 79. Bei der Beratung der Entwürfe ist nicht verkannt, daß der Begriff „Förderlichsein" ein sehr dehnbarer ist; ein ausreichendes Gegengewicht aber ist in der Verbindung mit den Worten „gewohnheitsmäßig" und „aus Eigennutz" und der durch die Beifügung des Worts „Zuhälter" ausgedrückten Feststellung gefunden worden, daß auch dieser Mischtatbestand nur gegen das Zuhältertum als solches sich richte. Neben der Feststellung der Handlungen, die als Zuhälterdienste erscheinen (s. auch

Digitized by Google

RG. II 14. Feb. 02 G. 49 130), ist deshalb auch bei dem zweiten Mischtatbestand immer noch die bei der ersten Alternative aus dem ausbeuterischen Verhältnis von selbst sich ergebende Feststellung erforderlich, daß zwischen dem Täter und der Prostituierten persönliche Beziehungen bestehen, die ihn als „Zuhälter" in dem N. 1 bezeichneten Sinne erkennen lassen; zitt. RG. E. 34 72, 35 56.

6) In subjektiver Beziehung erfordert der zweite Mischtatbestand neben Wissen und Wollen der sämtlichen in N. 5 angeführten Tatbestandsmerkmale weiter „Gewohnheitsmäßigkeit" oder „Eigennützigkeit" des Handelns Wegen dieser Begriffe gilt das zu § 180 N. 10 bzw. 11 Bemerkte. Daß beide Merkmale lediglich „Straferhöhungsgründe" seien (Binding Lb. I 209) erscheint nicht richtig.

Zu Absatz 2 N. 7.

7) Abs. 2 enthält zwei straferhöhende Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295:

a) das Verhältnis des Zuhälters zur Prostituierten als Eheleute (§ 181 N. 4a);

b) das Anhalten der Prostituierten zur Ausübung des unz. Gewerbes (ein Fall genügt; RG. IV 26. März 01 G. 48 135) seitens des Zuhälters unter Anwendung von „Gewalt oder Drohungen". Das bloße Anhalten zur Ausübung des unz. Gewerbes erfüllt an sich noch keinen der beiden Mischtatbestände des Abs. 1 (aM. RG. I 5. Dez. 01 G. 48 448); es ist auch als solches noch kein straferhöh. Umst., vielmehr nur dann, wenn es unter Anwendung von „Gewalt o. Drohung" (§ 253 N. 3 ff.) gegen die Prostituierte geschah. Daß es tatsächlich zu einer „Nötigung" (§ 253 N. 6) gekommen sei, ist nicht erforderlich; es genügt die bloße „Anwendung" der Gewalt ohne die Notwendigkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dieser Anwendung und der Ausübung des unz. Gewerbes; auch wenn die Prostituierte dieses ohnehin weiter ausgeübt hätte, so bewirkt doch das „Anhalten" dazu mittels eines der bezeichneten Mittel seitens des Zuhälters die Straferhöhung; aM. Schlecht aO. S. 15.

Für die Anwendung von Gewalt oder die Drohung zwecks Erlangung des Lebensunterhalts aus dem unsittlichen Erwerbe der Dirne enthält § 181a eine erhöhte Strafandrohung nicht; für diesen Fall kann nur die Konkurrenz von Erpressung in Frage kommen.

Teilnahme; Verhältnis der Mischtatbestände zueinander u. zu anderen strafb. Hdlgen; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 8—10.

8) Bezüglich der Teilnahme, insbs. der Anstiftung und Beihilfe, gelten die allg. Grundsätze. Die Prostituierte kann einer strafbaren Anstiftg. o. Beih. sich nicht schuldig machen. Bei dem ersten Mischtatbestande würde es um einen Fall der notwendigen Teilnahme sich handeln (T. I Abschn. 3 N. 9), bezüglich des zweiten Mischtatbestands kommen die N. 14_2 zu § 180 erörterten Grundsätze zur Anwendung; so Frank N. IV und im Ergebnis auch Schmidt-Ernsthausen aO. S. 218.

9) Bezüglich des Verhältnisses der im § 181a mit Strafe bedrohten Handlungen untereinander und zu anderen strafb. Handlgen können die mannigfachsten Verbindungen sich ergeben. Hervorzuheben ist folgendes:

a) Mehrere Fälle der ausbeuterischen Zuhälterei i. S. des ersten Mischtatbestands stellen als ein Vergehen sich dar, da das Strafbare in dem Beziehen des Lebensunterhalts unter Ausbeutung des unsittlichen Erwerbs der Prostituierten liegt.

b) Verschiedene Fälle der gewohnheitsm. kupplerischen Zuhälterei i. S. des zweiten Mischtatbestands bilden ein einheitliches Kollektivdelikt; § 180 N. 15b.

c) Dagegen stehen verschiedene Fälle der eigennützigen kupplerischen Zuhälterei, falls sie nicht ein fortgesetztes Delikt bilden, zueinander im Verhältnisse der Realkonk. (§ 74).

d) Treffen Fälle der gewohnheitsm. kupplerischen Zuhälterei (b) mit solchen der eigennützigen kupplerischen Zuhälterei (c) zusammen, so gelten die § 180 N. 15c entwickelten Grundsätze.

e) Werden beide Mischtatbestände von demselben Täter verwirklicht, so greifen, abgesehen von der Annahme eines fortgesetzten Delikts und gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Grundsätze zu d, die Grundsätze der Realkonk. Platz.

Digitized by Google

f) Voraussetzung der zu a—e entwickelten Grundsätze ist, daß die Handlungen des Zuhälters auf dieselbe Prostituierte sich beziehen. Nutzt jemand mehrere Dirnen zuhälterisch aus oder leistet er mehreren Zuhälterdienste, so werden diese Vergehen, abgesehen von Kombinationen, die aus Annahme von Gewohnheitsmäßigkeit sich ergeben können, regelmäßig zueinander im Verhältnis der Realkonk. stehen. Vgl. RG. III 30. Dez 03 G. 51 57.

g) Im Verhältnis zum § 180 ist der § 181a Abs. 1 zweite Alternative (über weiteres Hinzutreten der ersten Alternative des § 181a Abs. 1 s. unter i) der speziellere und engere den § 180 ausschließende. Der § 181a Abs. 1 zweite Alternative enthält einen Ausschnitt aus § 180, indem er bei den sich deckenden Erfordernissen des Vorschubleistens zur U. sowie der Gewohnheitsmäßigkeit oder des Eigennutzes den besonderen Fall, daß die Förderung der U seitens eines Mannes (Zuhälters) einer gewerbsmäßig U. treibenden Frauensperson gegenüber erfolgt, unter besondere Strafandrohung stellt. Die Bestimmungen des § 180 u. des § 181a Abs. 1 zweite Alternative stehen also zueinander im Verhältnis der Gesetzes-, nicht der Idealkonk.; RG. IV 4. Jan. 01, II 10. Jan. 02, E. 34 74 (79), 35 56, I 5. Dez. 01 G. 48 442.

h) Das gleiche gilt für das Verhältnis des § 181a Abs. 1 zweite Alternative zum § 181 Nr. 2. Aus dem allgemeinen Verbrechenstatbestande des Vorschubleistens zur U., das von dem Ehemann seiner Ehefrau gegenüber oder in einem sonstigen der in § 181 gekennzeichneten persönlichen Verhältnisse begangen wird, ist der speziellere Fall, daß der Täter zugleich Zuhälter oder gar Zuhälterehemann ist und gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz handelt, ausgesondert und unter die besondere Strafnorm des § 181a Abs. 1 unter gestellt. Insoweit stehen also § 181a Abs. 1 zweite Alternative, Abs. 2 und der § 181 in Gesetzeskonk.; der § 181a ist die speziellere Bestimmung und allein zur Anwendung zu bringen; zit. RG G. 48 448. Der zunächst auffällige Umstand, daß in solchen Fällen trotz der konkurrierenden, Zuchthaus androhenden Bestimmung des § 181 dennoch aus § 181a nur auf Gefängnis erkannt werden kann, findet darin seine Erklärung, daß das Objekt, gegen welches das Delikt vorzugsweise sich richtet, eine gewerbsmäßig U. treibende Person ist, daß also in der Tat der speziellere Tatbestand des § 181a Abs. 1 zweite Alternative der qualifizierten K. des § 181 Nr. 2 gegenüber als das mildere Vergehen erscheint.

Zur Nr 1 des § 181 würde § 181a, da diese Tatbestände sich nicht decken, im Verhältnis der Idealkonk. stehen.

i) Tritt in den Fällen g und h noch ein Delikt aus § 181a Abs. 1 erste Alternative hinzu, so kommen nach dem zu e Bemerkten die Grundsätze der Realkonk. des § 181a Abs. 1 erste Alternative und § 181a Abs. 1 zweite Alternative gegebenenfalls in Idealkonk. mit § 181 Nr. 1 in Frage.

Binding Lb. I 210, v. Liszt S. 365, Frank N v, Jaffa Zuhälter S. 493, Schlecht aO S. 1 und Kolligs DJZ. 6 183 halten Idealkonk. des § 181a mit §§ 180 u. 181 (Kolligs mit der Ausführung, daß es meist sogar um Realkonk. sich handeln werde) für möglich, Schmidt-Ernsthausen aO. S 219 ff. nimmt beim Zusammentreffen verschiedener Fälle der ausbeuterischen o. kupplerischen Zuhälterei o. beim Zusammentreffen beider Mischtatbestände des § 181a stets Verbrechenseinheit als vorliegend an und kommt (S. 230 f.) im übrigen zu dem Ergebnis, daß die §§ 181a, 180 u. 181 zueinander im Verhältnis sog. alternativer Gesetzeskonk. ständen.

Das RG. steht nach den angeführten Entscheidungen auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung und nimmt also namentlich an, daß nach den Grundsätzen der Gesetzeskonk. § 181a Abs. 1 zweite Alternative den § 180 und den § 181 Nr. 2 ausschließe; zit. RG. E 34 79, 35 56, G. 48 448.

k) Zu erwähnen ist schließlich, daß, soweit das Anhalten zur Ausübung des unz. Gewerbes unter Anwendung von Gewalt o. Drohung in der Tat zu einer Nötigung führt, die letztere in dem Verg. der qualifizierten Zuhälterei aufgeht (RG. IV 26. März 01 G. 48 136; vgl. auch § 240 N 14a), daß aber Idealkonk. mit Erpressung denkbar ist.

10) Die Hauptstrafe ist Gefängnis (§ 16) u. zwar des einfachen Verg. von 1 Mt., des qualifizierten von 1 J—5 J., neben dem nach Abs 3 i. V. mit § 32 auf VbER., sowie ferner auf ZulPolAufs. (§ 38, insbs. N. 5), endlich auf Überweisung an die LandesPolBeh. (§ 362 Abs. 2—4) erkannt werden kann.

Digitized by Google

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren. Wg. des Beginns der Verjährung des gewohnheitsm. Verg. vgl. § 67 N. 14b.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 182.

Wer ein unbescholtenes Mädchen, welches das sechszehnte Lebensjahr nicht vollendet hat, zum Beischlafe verführt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern oder des Vormundes der Verführten ein.

PrStGB. § 148. Entw. I § 159, II § 180.

1) Die strafb. Hdlg. richtet sich im Falle des § 182 gegen „ein unbescholtenes Mädchen, welches das sechszehnte Lebensjahr nicht vollendet hat", als Objekt nach der hergebrachten Ausdrucksweise.

a) Da ein „Mädchen" als Objekt verlangt wird, so darf die Hdlg. nicht gegen eine Ehefrau oder Witwe gerichtet sein; so: Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 4 u. HH. 3 315; aM. Binding Lb. 1 196, auch eine Ehefrau vor der copula carnalis.

b) Das „Mädchen" darf „das sechszehnte Lebensjahr nicht vollendet" haben (vgl. „unter sechzehn Jahren" in den §§ 184^2, 184a). Wegen des Eintritts der „Vollendung" vgl. § 53 N. 3. Übrigens ist keineswegs andererseits Voraussetzung, daß das Mädchen das vierzehnte Lebensjahr bereits vollendet habe; die Fassung des PrStGB. § 149 „ein unbescholtenes, in dem Alter von vierzehn bis sechzehn Jahren stehendes Mädchen" wurde abgeändert, um die Verurteilung eines Verführers aus § 182 in dem Falle zu ermöglichen, wenn ihm die Kenntnis fehlte, daß das gemißbrauchte Kind unter vierzehn Jahren alt war (§ 176 N. 15); so: Binding Lb. 1 196, Hälschner 2 234, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. 2; aM. v. Schwarze HH. 3 315. Hatte das Mädchen das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so tritt vielmehr Idealkonk. (§ 73) mit § 176^3 ein, da keines der beiden Strafgesetze im Vergleiche mit dem anderen das speziellere ist; die Strafe ist jedoch, wenn überhaupt der Tatbestand des § 176^3 festgestellt werden kann, stets aus diesem zu bestimmen; so Frank N. 1 2; aM.: Binding aO., H. Meyer S. 743 N. 23, Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 104, es komme überhaupt nur § 176^3 zur Anwendung.

c) Das Mädchen muß ferner ein „unbescholtenes" gewesen sein. Darunter kann hier in dem „V. u. V. wider die Sittlichkeit" überschriebenen Abschn. 13 (wie im § 1300 BGB.) nur ein hinsichtlich der Geschlechtsehre unbescholtenes Mädchen verstanden werden; so die GM. insbs. RG. III 26. März 81, 10. Mai 82, R. 3 168, 4 468, IV 25. März 04 E. 37 94.

Da es hier um die Bestrafung des außerehelichen Beischlafs sich handelt, so erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß ein Mädchen, das früher freiwillig und bewußt den außerehelichen Beischlaf gestattet hat, keinesfalls (s. jedoch N. 2) „unbescholten" sei; so: Hälschner 2 235, Schütze S. 338, Oppenh.-D. N. 2, Villnow GS. 30 155; aM.: Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 3 u. HH. 3 315; vgl. übrigens auch RG. I 14 Juni 97 G. 45 276. Deshalb kann bei fortgesetztem geschlechtlichen Umgange mit dem Verführer die Verführte bezüglich dieser Fortsetzungshdlgen nicht als „unbescholten" gelten; RG. I 23. Dez. 01 E. 35 45. Anzuerkennen ist aber, daß Unbescholtenheit nicht gleichbedeutend mit Jungfräulichkeit im gesetzl. Sinne ist, daß daher Defloration bzw. selbst Schwängerung die Unbescholtenheit nicht notwendig ausschließt; RG. I 6. März 02 G. 49 134, Berner S. 467, v. Liszt S. 375, Frank N. 11. Abgesehen von einer durch Krankheiten oder Zufall bewirkten Defloration, kann diese auch — gegen Wissen und Willen der Geschwächten — durch strafb. Hdlg. eines Dritten verursacht worden sein; zit. RG. R. 4 468; vgl. auch den dem zit. RG. R. 3 168 zugrunde liegenden Fall, in dem die Geschwächte die Bedeutung der Beischlafsvollzhg. nicht kannte, sondern solche für ein Heilverfahren hielt (N. 3b). Das zit. RG. E. 37 94 hat sogar angenommen, daß selbst um einer Verführung wegen einem Mädchen die Unbescholtenheit nicht unter allen Umständen abzusprechen sei.

Digitized by Google

Je nach Umständen wird aber auch dann schon Bescholtenheit eines Mädchens anzunehmen sein, wenn sie zwar nicht den Beischlaf, wohl aber die Vornahme anderer unzüchtiger Hdlgen gestattet hat; wann solches der Fall ist, unterliegt der Beurteilung im Einzelfalle; so zitt. RG. N. 4 468, E. 35 45, 37 94, v. Liszt aO., H. Meyer S. 74, Frank N. 1 1, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1; aM. Binding Lb. 1 196, Schütze S. 338, der Bescholtenheit lediglich bei vollzogenem Beischlaf annehmen.

Zu beachten ist übrigens, daß die „Verführung zum Beischlaf" eine längere Zeit erfordern kann, derartig, daß innerhalb dieser eine allmähliche Verminderung der bisher tadellosen sittl. Eigenschaften des Mädchens eintritt; wenn dies die Folge des Einflusses des Verführers ist, so kann dieser nicht darauf sich berufen, daß die Geschlechtsehre des Mädchens z. B. der Vollendung der Verführung nicht mehr von der gleichen Unversehrtheit war, wie vor dem Beginne der Verführung; RG. II 5. Dez. 99 E. 32 437.

Die überwiegende Meinung (vgl. z. B. Binding Lb. 1 196, Frank N. 1 1) bezeichnet als bescholten nur ein solches Mädchen, von dem ihr gekennzeichnetes geschlechtlich unsittliches Verhalten bekannt sei; dem kann insofern nicht beigetreten werden, als ein Mädchen, das nach den Ergebnissen der strafrechtl. Untersuchung im geheimen seine Geschlechtsehre preisgegeben, nicht für unbescholten zu erachten ist (zit. RG. E. 37 94), aber andererseits ist zu beachten, daß nicht schon Zweifel an der Unbescholtenheit die Freisprechung rechtfertigen, sondern nur der Beweis der Bescholtenheit; danach kann man die Unbescholtenheit als einen negativen Begriff bezeichnen; zit. RG. G. 49 134. Daß der Begriff der Bescholtenheit, über den noch RG. IV StS. 19. Juni 02 E. StS. 52 46 zu vergleichen, je nach Stand u. Bildung des Mädchens in dem Sinne verschiedener Auslegung fähig wäre, daß er für niedere Stände eingeschränkter, für höhere ausgedehnter verstanden werden dürfte, bestreitet das zit. RG. E. 37 94; vgl. dagegen: Frank N. 1 1, Oppenh.-D. N. 2.

2) Subjekt des Verg. kann nur diejenige Mannsperson sein, die mit der Verführten den Beischlaf vollzogen hat (N. 3); denn nur diese ist nach allgemeinem Sprachgebrauche „Verführer". Ein Dritter, der die Verführte zum Beischlafe bestimmt hat, ist „Kuppler" (§ 180 N. 1) und nach Umständen als solcher oder auch als Gehilfe (§ 49) des Verführers strafbar. So: Binding Lb. 1 196, Hälschner 2 234, v. Liszt S. 375, Schütze S. 338 N. 15, Rüd.-St. N. 4, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 4 u. HH. 3 315. AM.: Frank N. 11 2, Billnow GS. 30 154. Übrigens kann die Verführung auch in Mittäterschaft (§ 47) verübt werden; ist dies der Fall und wird von den verschiedenen Mittätern unmittelbar hintereinander mit der Verführten der Beischlaf vollzogen, so ist diese, trotz ihrer Beischlafvollziehung mit dem ersten Konkumbenten, auch dem folgenden gegenüber als „unbescholten" anzusehen; RG. III 19. Dez. 04 G. 52 .

3) Der Täter (N. 2) muß das Mädchen (N. 1) „zum Beischlafe verführt" haben

a) Der „Beischlaf" (§ 173 N. 1) ist notwendig ein „außerehelicher" (§ 176 N. 8).

b) „Verführung" ist eine Art der „Verleitung" (§ 141 N. 4); so: RG. III 10. Mai 82 N. 4 468, I 11. Feb. 84 E. 10 95, II 13. März 85 N. 7 172; aM. Wahlberg HM. „Unzucht". Verf. erfolge durch Erregung von Begierden, Verltg. durch Bestimmung mittels Vorspiegelung falscher Gründe. Daraus folgt zunächst, daß die bloße Tatsache der Beischlafsvollzhg. noch nicht zur Annahme einer Verführung berechtigt; so: zit. RG. E. 10 95, Hälschner 2 235. Es ergibt sich aber weiter, daß der Wille des Mädchens von dem Täter bestimmt sein muß, daß somit die Zustimmung des Mädchens zu dem Beischlafe die Voraussetzung bildet; RG. III 23. März 82 E. 6 135, zit. N. 7 172, Binding Hb. 1 727 u. St. 1 196, Hälschner aO. Im übrigen bezeichnet „Verführung" eine Verleitung zu etwas Unsittlichem i. e. S., namentl., wie hier im § 182, zum außerehelichen Beischlafe. „Verführung" i. S. des § 182 liegt deshalb vor, sobald das Mädchen, das den Willen zur Beischlafsvollzhg. nicht hatte, zu dieser durch das Verhalten des Mannes geneigt gemacht worden ist, was der Natur der Sache nach nur unter Mißbrauch der geschlechtlichen Unerfahrenheit geschehen kann; demnach scheiden (abgesehen von den Fällen der Gewalt o. Drohung i. S. des § 177) nur die Fälle aus, in denen das Mädchen entweder selbst zur Beischlafsvollzhg. angeregt oder, ohne daß irgendeine Beeinflussung ihres Willens bzw. irgendein Mis

Digitized by Google

brauch ihrer Unerfahrenheit erforderlich war, ohne Zaudern geflissentlich sich preisgegeben hat. So zitt. RG., insbs. N. 4 468, 7 172, E. 10 95, unter Hervorhebung, daß es auf die größere oder geringere Schwierigkeit, mit welcher der Mann zum Ziele gelange, auf die Größe des Widerstandes, auf die Erheblichkeit der Anstrengung des Mannes zu seiner Überwindung nicht ankomme. Nicht erforderlich ist es für den Tatbestand, daß die Verführte bei dem Akte der Beischlafsvollzhg. selbst noch widerwillig war; zit. RG. E. 6 135. Der Anwendung besonderer Mittel, einer Arglist, bedarf es nicht; zit. RG. N. 4 468. Auch ist keineswegs „die Erregung geschlechtlicher Begierde" das einzige Mittel der V.; so zit. Berlin O. 19 411; aM.: Wahlberg HRl. „Unzucht" (s. o.), Rubo N. 5, die beide Erregung von Begierden fordern. Die V. kann daher auch unter Anwendung einer gewissen Gewalt stattfinden, die nur nicht bestimmend und geeignet gewesen sein darf, einen entgegenstehenden Widerstand zu brechen; RG. I 12. Dez. 01 G. 48 451. Deshalb wird auch nicht verlangt, daß das Mädchen wisse, um was es sich handele; so zit. RG. E. 6 135 sowie namentl. das N. 1 zit. N. 3 168, ferner: H. Meyer S. 743, Frank N. II 1; aM.: Geyer 2 32 (es trete Strafloſigkeit ein), Hälschner 2 215 N. 3 (V. habe nicht vorgelegen, weil das Mädchen wegen mangelnden Verständnisses die Bedeutung der Tat nicht gekannt habe; eher sei der Tatbestand des § 177 S. 2 anzunehmen).

4) Nach Absatz 2 tritt die Verfolgung nur „auf Antrag" ein (§§ 61 ff.); im Falle des MStGB. § 147 ist jedoch die Verfolgung von dem Strafantrage unabhängig.

Als antragsberechtigt werden ausdrücklich (§ 61 N. 13) bezeichnet: „die Eltern oder der Vormund der Verführten". Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist die Verführte selbst niemals antragsberechtigt, obgleich der Fall denkbar ist, daß der Lauf der Antragsfrist für die Eltern bzw. den Vormund wegen Unkenntnis von der Handlung bzw. von der Person des Verführers erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres der Verführten (vgl. § 65_1) beginnt; v. Liszt S. 376, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 5, Reber Antragsdel. S. 368, Köhler Strafantrag S. 42. Es ergibt sich daraus sowie aus dem Umstande, daß trotz der Vorschrift des § 65_2 eine Sonderbestimmung getroffen ist, die Selbständigkeit der Antragsberechtigungen des § 182_2; Reber aO.

Unter „Eltern" sind hier — wie die Nebeneinanderstellung mit „Vormund" (vgl. §§ 34 N. 7a, 172 N. 12) ergibt — nur die leiblichen Eltern (ausgenommen der natürliche Vater) zu verstehen (vgl. dagegen § 181 N. 4ba); so die GM. Im übrigen ist aus jenem Ausdrucke nicht zu entnehmen, daß die Eltern zusammen zur Antragstellung berechtigt seien, vielmehr bedeutet jene hier, wie sonst (vgl. §§ 181^2, 235, auch § 174 „Pflegeeltern"), der Kürze halber gewählte Kollektivbezeichnung lediglich Vater oder Mutter; RG. IV 25. Sept. 88 E. 18 101, Finger 1 192 N. 256, v. Liszt aO. N. 3, Frank N. V, Oppenh.-D. N. 8, Reber aO., Nessel Antragsber. S. 19.

Aus den gesamten Ausführungen ergibt sich, daß die Mutter, nicht nur wenn der Vater mit dem Tode abgegangen ist, oder das Kind als uneheliches i. S. des § 182 einen Vater überhaupt nicht besessen hat (RG. II 7. Dez. 80 E. 3 89), sondern auch bei Lebzeiten des Vaters selbständig — also nicht etwa bloß, falls ihr nach den Vorschriften des BGB. §§ 1684 f. die elterliche Gewalt zusteht — zur Antragstellung berechtigt ist; so Reber aO.; aM.: H. Meyer S. 743 N. 29, Schütze S. 338, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 5, Nessel aO. S. 20. Es ergibt sich ferner, daß die Eltern (vgl. BGB. § 1773) neben dem Vormunde und umgekehrt dieser neben jenen selbständig antragsberechtigt ist, jene freilich nur unter der Voraussetzung, daß sie in der Lage sind, überhaupt rechtsverbindliche Anträge zu stellen.

Die Antragstellung ist nach dem Tode der Verführten seitens sämtlicher Antragsberechtigter zulässig, da es um eine völlig selbständige und auf keinem der Vertretungsverhältnisse beruhende Antragsberechtigung sich handelt (vgl. dagegen § 65 N. 15); Oppenh.-D. N. 8, Nessel aO. S. 20, auch v. Schwarze N. 5 u. HH. 3 316.

5a) Idealkonk. (§ 73) mit Blutschande aus § 173 ist denkbar; v. Schwarze § 173 N. 8.

b) Realkonk. (§ 74) ist auch bei mehreren Beischlafsvollziehungen schon deshalb nicht anzunehmen, weil, selbst wenn jedem geschlechtl. Verkehr eine neue Verführung vorangegangen sein sollte, was mit RG. I 14. Juni 97 G. 45 276 als möglich anzunehmen, den-

Digitized by Google

noch die wiederholten Verführungen nicht gegen eine unbescholtene Person (N. 1c Abs. 2) sich gerichtet haben würden; vgl. wg. des anders liegenden Falles der Mittäterschaft o. N. 2. Aus demselben Grunde kann auch von einer fortgesetzten Begehung des Vergehens (§ 73 N. 6 ff.) durch wiederholte Beischlafsvollziehungen nicht die Rede sein.

6) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 1, 27.

§. 183.

Wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Aergerniß gibt, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 150. Entw. I § 160, II § 181.

Entw. d. StGN. Art. I § 183. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1001—1003.

1) Wegen der Entstehungsgeschichte dieses §., namentl. der ihm durch die StGN. gegebenen Fassung, vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Kommentars.

2) Da § 183 durch die StGN. eine neue Fassung erhalten hat, so ist für die Auslegung seines ganzen Inhaltes, auch insoweit er gegen früher unverändert geblieben ist, lediglich der Sinn maßgebend, den der Gesetzgeber der StGN. mit ihm verbunden hat (StGN. Art. I N. 3); so: Schütze Anh. S. 18 N. 2, Billnow GS. 30 157; aM. Berlin 1. Mai 77 O. 18 303.

Es kann deshalb ganz dahingestellt bleiben, welche Auslegung des Wortes „Handlung" nach der Entstehungsgeschichte der früheren Fassung des § 183 gerechtfertigt war; denn die Entstehungsgeschichte (N. 1) ergibt die Übereinstimmung der gesetzgeberischen Faktoren bei der Redaktion der StGN. Art. I § 183 dahin, daß das Wort „Handlung" nicht in seiner engeren Bedeutung zu verstehen sei, sondern daß es Äußerungen mitumfasse und insofern von dem Begriffe „Handlungen" im § 174 (das. N. 2) abweiche. So im Resultate: RG. II 6. Mai 81, 30. Okt. 82, E. 4 130, 7 168, I 3. März 84 N. 6 164, Berner S. 472, Hälschner 2 694, v. Liszt S. 382, Schütze Anh. S. 17, v. Schwarze N. 2, Billnow aO. S. 156, Wahlberg ZStrW 2 180. AM.: Stuttgart 29. Jan. 77 St. 7 279, Berlin 1. Mai 77 O. 18 303, Binding Lb. 1 214, H. Meyer S. 747, Frank N. 1, Meves N. 2 (vgl. jedoch Nachtrag z. § 183), Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 1, Kohler G. 45 211. Wenn auch als Äußerungen nur mündliche, nicht auch schriftliche (§ 166 N. 4) in Betracht kommen können, so ist doch zu beachten, daß auch unter Benutzg. von bildl. o. anderen Darstellungen vorgenommene Handlgen unter § 183 fallen.

Unter den Begriff von „Handlungen" können unter Umständen auch Unterlassungen fallen; Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 2a. Demnach kann der Tatbestand dadurch erfüllt werden, daß jemand die Vornahme einer unzüchtigen Hdlg. seitens eines anderen an seinem Körper geschehen läßt (ihre Verhinderung unterläßt); RG. I 25. Nov. 80 N. 2 565.

3) Der Begriff „unzüchtig" ist in objektiver Beziehung derselbe wie in den §§ 174, 176; vgl. deshalb § 174 N. 3 u. 4. So insbs.: RG. III 28. Feb. 80 N. 1 404, II 30 Okt. 82 E. 7 168, I 3. März 84 N. 6 164, RAG. I 23. Juni 02 E. 3 116. AM., abgesehen von Wahlberg HRl. „Unzucht", der eine geschlechtliche Beziehung der Hdlg. nicht für wesentlich hält, Binding Lb. 1 214 u. ZStrW. 2 451 f., Hälschner 2 695 u. Fuld MagDR. 2 293, die den Begriff objektiv abweichend bestimmen. Mit Recht hat hiernach das zit. RG. N. 6 164 angenommen, daß eine „unzüchtige" Äußerung (N. 2) nicht notwendig schon dann vorliege, wenn jemand einen ins Gebiet des geschlechtl. Verkehrs fallenden Vorgang zum Gegenstande einer Äußerung mache und etwa diesen Vorgang mit einem unziemlichen, das allg. sittl. Gefühl verletzenden Ausdrucke bezeichne, vielmehr sei erforderlich, daß dadurch ein geschlechtl. Reiz erregt werden könne (s. übrigens N. 10), während das zit. RG. N. 1 404 verneint hat, daß der Begriff einer unzüchtigen Hdlg. im obj. Sinne dadurch geändert werde, daß nach lokaler Anschauung die Hdlg. als unzüchtige nicht betrachtet

Digitized by Google

zu werden pflege. Andererseits erachtete das zit. RMG. E. 3 116 zutreffend unter Umständen schon eine auf geschlechtl. Sinnenlust abzielende, schamlose Entkleidung für eine u. H., auch ohne daß der nackte Körper zum Vorschein kommt.

In subjektiver Beziehung ist das Bewußtsein des Täters von der objektiven Unzüchtigkeit der Hdlg. erforderlich; das zit. RG. N. 6 164. Ein weiteres ist dagegen, abweichend von den §§ 174, 176[1-3] (vgl. § 174 N. 5), nicht notwendig, da es nach dem Zwecke der Vorschrift genügt, wenn nach außen durch die gg. Zucht u. Sitte verstoßende Hdlg. ein Ärgernis in geschlechtlicher Beziehung gegeben wird. So: RG. III 23. März 82 N. 4 275, I 22. Sept. 92, II 23. Dez. 95, E. 23 233, 28 77 (es brauche nicht die Absicht auf Erregung der Geschlechtslust gerichtet zu sein, vielmehr bedinge die äußere Form des vor der Öffentlichkeit stattfindenden Geschlechtsaktes die Bestrafung), Frank N II. Diese Auffassung führt übrigens im Resultate zu demselben Ergebnis, wie die von Binding u. Hälschner aO.; abweichend dagegen Kohler G. 45 206 ff (U i. S. des § 183 stelle eine beabsichtigte Geschlechtlichkeit dar, die die gebräuchlichen Lebensgewohnheiten der Gesellschaft in unzweideutiger Weise verletzen müsse), und jetzt auch v. Liszt S. 382 (§ 103 II) der auch hier „wollüstige Absicht" erfordert.

4) Eine „unzüchtige Handlung" (hier im Singular gebraucht; vgl. dagegen § 174 N. 10), in dem N. 2, 3 erläuterten Sinne, wird verlangt. Demnach fällt ein sog. unzüchtiges (Konkubinats-) Verhältnis als solches nicht unter § 183, der nur einzelne Hdlgen im Auge hat; so Harburger ZStrW. 4 502, es sei nach dem Rechtszustande vor dem StGB. und der bei der Redaktion des Abschn. 13 nach den Motiven obwaltenden Tendenz jede Möglichkeit ausgeschlossen, das Konkubinat unter § 183 zu subsumieren (s. o. Abschn. 13 N. 2 sowie u. N. 6).

5) Durch die unzüchtige Hdlg. muß „ein Ärgernis gegeben" werden; vgl. deshalb § 166 N. 7. Speziell bezüglich des § 183 so: RG. I 12. Juli, 4. Nov., III 29. Sept. 80, E. 2 196, R. 2 499, 273, Hälschner 2 696, v. Liszt S. 383, H. Meyer S. 747, Schütze S. 341 N. 22, Frank N. IV, Meves N. 4, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 4; aM.: Jena 23. Dez. 75 St. 6 264, Berlin 10. März, 22. Juni 86, O. 17 196, 453, Rüd.-St. N. 4, v Schwarze N. 4, Villnow GS. 30 156, Reiffel G. 39 6 ff., Scholl ZStrW 13 290, 297 ff. (Ärgernis sei hier u. im § 366[13] im obj. S. zu nehmen u. bezeichne die Gefahr f. d. Allgemeinheit).

Im übrigen vgl. wegen „Ärgernis" noch unten N. 9.

6) Das Ärgernis muß „durch die unzüchtige Hdlg." gegeben sein, d. h. unmittelbar durch die Hdlg. selbst; Binding Lb. 1 214, Rubo N. 3, Villnow GS. 30 156, Scholl ZStrW. 13 317 (auch hier wie bei § 166: „durch die Tat u. mit der Tat"), Kohler G. 45 181 f.

a) Eine Ärgernißerregung durch späteres Bekanntwerden der Hdlg. genügt deshalb nicht; Berlin OAG. 17. Jan. 73 St. 2 166, Binding aO., Meves N. 3, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4; das Ärgernis, welches durch Bekanntwerden eines Konkubinatsverhältnisses entstände, würde deshalb, von anderen Gründen abgesehen (N. 4), zur Erfüllung des Tatbestandes nicht ausreichen; Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 3.

b) Ebensowenig genügt es hiernach, daß jemand an einem an sich nicht unzüchtigen Teile eines Vorganges deshalb ein Ärgernis nimmt, weil er das Beobachtete mit anderem, was er für unzüchtig halten mußte, in einen Zusammenhang bringt; RG. I 20. Apr. 95 E. 27 182 (das Ärgernisgeben beruhe hier nicht in der objektiv sittlichkeitsverletzenden Natur der wahrgenommenen Hdlg.).

7) Das Ärgernis muß „öffentlich" gegeben sein. Wegen des Begriffes „öffentlich" vgl. § 110 N. 5. Speziell bezüglich des § 183 so: RG. II 10. Feb. 80, 22. Feb. 81, I 12. Juli, 4. Nov. 80, E. 1 199, 3 361, 2 196, R. 2 449. Mit Recht hat deshalb Jena 23. Dez. 75 St. 6 264 ausgesprochen, daß eine geschlossene Gesellschaft keineswegs als ein Ort betrachtet werden könne, der (selbst bei Abwesenheit dritter Personen) die Annahme der Öffentlichkeit ausschlösse.

8) Während das PrStGB. § 150 ein „öffentliches Ärgernis" verlangte, d. h. also, daß die „Öffentlichkeit", das Publikum, ein Ärgernis genommen habe, wird jetzt erfordert, daß „durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis gegeben"

Digitized by Google

werde. Danach muß also die das Ärgernis gebende unz. Handlung eine „öffentliche" sein, d. h. eine solche, die nicht nur von einem individuell bestimmten und begrenzten Personenkreise wahrgenommen werden kann. So die GM., insbs. RG. III 17. Sept. 81 R. 3 499, ferner IV 23. Sept. 87 R. 9 464, indem es die Öffentlichkt. einer in einer Schulklasse begangenen unzüchtigen Hdlg. für einen Fall verneinte, wo sie nur dem Lehrer, den Schülern und möglicherweise den Schulaufsichtsbeamten zugänglich war.

Auf die Anzahl der Personen, die tatsächlich die unzüchtige Hdlg. wahrgenommen hat, kommt es deshalb nicht an; es ist daher nicht erforderlich, daß mehr als einer Person das Ärgernis gegeben sei; RG. I 12. Juli 80 E. 2 196, zit. R. 3 499. Dem gesetzlichen Erfordernisse ist sogar — beim Vorliegen der Öffentlichkeit der Hdlg. — dann genügt, wenn außer den von der Tat selbst umfaßten Personen noch andere, die die Tat bemerken oder doch bei Anwendung von Aufmerksamkeit hätten bemerken müssen, jener nicht beiwohnten; so: RG. zit. E. 2 196, II 22. Nov. 87 E. 16 345 (das R. 7 zit. E. 1 199 habe nur nach der konkreten Sachlage, nicht aber rechtsgrundsätzlich, auf die Anwesenheit Dritter Gewicht gelegt), München 20. Mai, 6. Nov. 75, St. 5 51, 323, Berner S. 472; aM.: Berlin 4. Nov. 74 St. 4 322, Meves N. 3 A. 4.

9) Das durch die öffentlich vorgenommene u. H. gegebene Ärgernis muß in der Verletzung des Sittlichkeitsgefühls bestehen, d. h. es muß gerade in dem Charakter der Hdlg. als unzüchtiger empfunden werden; RMG. I 23. Juni 02 E. 3 116, v. Liszt S. 382. Deshalb kann Personen, die die Unzüchtigkeit der Hdlg. zu erkennen außerstande sind, „ein Ärgernis" i. S. des § 183 nicht gegeben werden (Stuttgart 29. Jan. 77 St. 7 279), keineswegs aber sind zu solchen Personen Kinder unterschiedslos zu zählen; Rüb.-St. N. 5. Muß hiernach jemand nach seinen individuellen Empfindungen für seine Person an der Hdlg. als unzüchtiger Anstoß genommen haben, so genügt es einerseits nicht, daß durch die Hdlg. Besorgnisse für die sittliche Integrität anderer, z. B. jugendlicher Personen, erregt seien (RG. III 17. Jan. 95 E. 26 370), andererseits aber muß, schon wegen des Begriffs des „Unzüchtigen" (§ 174 N. 4), die btr. Hdlg. so geartet sein, daß sie das allgemeine sittliche Gefühl verletzt; RG. I 12. Juli 80 E. 2 196.

10) Wegen des Dolus vgl. die entsprechenden Ausführungen zu § 166 N. 8; so auch speziell für § 183: Hälschner 2 696, Schütze S. 341 N. 22, Meves N. 5. Jedenfalls genügt Eventualdolus (§ 59 N. 6); so außer Hälschner u. Meves auch v. Schwarze N. 6. In diesem Sinne ist auch das N 3 zit. RG. N. 6 164 zu verstehen.

11) Wegen des Verhältnisses zum § 184 vgl. das. N. 15.

12) Die Hauptstrafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—500 M. (§ 27). Als Nebenstrafe kann neben Gef. nach Abs. 2 i. V. mit § 32 VbER. erkannt werden.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. Schöffeng.; GVG. §§ 73^1, 75^3.

§. 184.

Mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer

1. unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, vertheilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt oder sonst verbreitet, sie zum Zwecke der Verbreitung herstellt oder zu demselben Zwecke vorräthig hält, ankündigt oder anpreist;
2. unzücht ge Schriften, Abbildungen oder Darstellungen einer Person unter sechzehn Jahren gegen Entgelt überläßt oder anbietet;
3. Gegenstände, die zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt sind, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder solche Gegenstände dem Publikum ankündigt oder anpreist;

Digitized by Google

4. öffentliche Ankündigungen erläßt, welche dazu bestimmt sind, unzüchtigen Verkehr herbeizuführen.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. § 151. Entw. I § 161, II § 182.

Entw. d. G. v. 25. Juni 1900. Aktenst. 1898/1900 Nr. 112, 834. StB. 1898/1900 S. 5691.

Vgl. PressG. § 23[3].

1) Dem § 184 war durch Art. IV des G. v. 5. April 1888 (o. S. 5) ein Abs. 2 hinzugefügt, der zufolge G. v. 25. Juni 1900 nunmehr den Inhalt des § 184b bildet. Der Inhalt des jetzigen § 184 ist in 4 Nr. zerlegt, von denen die erste im wesentlichen dem früheren Abs. 1 des § 184 entspricht, allerdings mit wesentlichen Erweiterungen des Tatbestandes, während die Nr. 2—4 überhaupt neue Tatbestände enthalten.

Zu Nr. 1. N. 2—9.

2a) Die Nr. 1 (ebenso wie Nr. 2) richtet sich gegen gewisse Hdlgen, die mit „Schriften, Abbildungen und Darstellungen" (§ 41 N. 3) vorgenommen werden. Die Hdlg. braucht trotz des Plurals (§ 110 N. 14) nur eine einzelne Schrift zu betreffen; so: Berlin 8. Nov. 76 O. 17 720, Hälschner 2 698; aM. Rubo N. 6.

b) Die Schriften 2c. als solche, also die Gegenstände (Objekte), müssen „unzüchtig" sein; **RG.** I 15. Jan. 91, III 6. Nov. 93, 17 Jan. 95, **E.** 21 306, 24 365, 26 370, III 11. Feb. 92, II 29 Juni 94, III 2. Mai 95, I 5. Juli 97, **G.** 39 430, 42 257, 43 115, 45 358 (vgl. jedoch auch die **G.** 39 430 N. 1 mitgeteilten IV 10., I 19. Nov 91). Der Begriff des „Unzüchtigen" ist dabei der allgemeine (vgl. § 174 N. 4, insbs. die dort zitt. § 184 btr. **RG.**), derartig, daß die Schrift objektiv geeignet sein muß, das Scham- u. Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen; **RG.** I 15. Dez. 79 N. 1 149, zit. **E.** 21 306, III 16. Feb. 81, 19. Feb. 83, **E.** 4 87, 8 128. Der objektive Inhalt einer unz Abbildung ist jedoch nicht nur in dem zu finden, was in ihr unmittelbar zur Anschauung gelangt, sondern auch in dem, was sie als Sinn des Abgebildeten erkennbar zum Ausdrucke bringt; eine in dieser Weise auf den außerehel. Geschlechtsverkehr hindeutende Abbildung ist unzüchtig; **RG.** II 21. Feb. 02 **E.** 35 133, I 20. März 02 **G.** 49 138. Nicht erforderlich ist, daß die Schriften 2c. bestimmt o. geeignet seien, geschlechtl. Lüsternheit zu erregen; **RG.** II 20. Sept. 98 **E.** 31 260 (sie könnten vielmehr bei einem normalen Beschauer im Gegenteil Widerwillen u. Abscheu erregen). Über den Begriff des relativ Unzüchtigen siehe N. 3a.

3) Im einzelnen ergibt sich hiernach folgendes:

a) Eine „Schrift" kann entweder im ganzen oder in einzelnen Teilen unz. sein; ob das eine o. das andere der Fall sei, ist wesentlich Tatfrage; doch kann das erstere auch dann zutreffen, wenn in der Schrift direkt unz. Stellen nur vereinzelt sich vorfinden; **RG.** III 19. Feb. 83 **E.** 8 128. Zu beachten ist dabei, daß ein u. dasselbe Buch nicht notwendig auch nur eine einzige Schrift i. S. des § 184 darstellt, wie umgekehrt, daß selbständige Geisteswerke verschiedener Autoren zu einem Buche vermöge seiner Tendenz derartig vereinigt sein können, daß lediglich die Wirkung des Ganzen, der unz. Inhalt eines einzelnen der Erzeugnisse aber nicht in Betracht kommt; **RG.** II 13. Jan. 93 **E.** 23 388. Es kann ferner auch unter Umständen bei fortlaufender Veröffentlichung von Bruchstücken eines Werkes in einer Zeitung die in einer einzelnen Nummer enthaltene Veröffentlichung eines solchen als eine besondere, selbständig zu beurteilende Schrift angesehen werden; **RG.** II 16. Okt. 96 **E.** 29 133.

Eigentümlich ist dem § 184 der Begriff des relativ Unzüchtigen (so wohl zuerst Binding ZStrW. 2 468), indem hier, wo nicht unzüchtige Handlungen, sondern Gegenstände in Frage stehen, es allein von den begleitenden Umständen abhängt, ob derselbe Gegenstand einen unz. Charakter hat o. nicht; **RG.** I 15. Jan. 91, III 6. Nov. 93, II 10. Dez. 97, I 18. Dez. 99, **E.** 21 306, 24 365, 30 378, 33 17, II 29. Juni, IV 23. Nov. 94, **G.** 42 256, 397. Aber auch diese begleitenden Umstände müssen objektiver, äußerlich

Digitized by Google

erkennbarer Beschaffenheit sein; die vielleicht unz. Zwecke, die mittels der Verbreitung verfolgt werden, kommen hier nicht in Betracht; RG. III 6. Nov. 93 E. 24 : 65. So kann aus dem Gesichtspunkte der Relativität des Unzüchtigen eine Schrift, die an sich ihrem Inhalte nach in ihrer ursprünglichen Ausgabe keine unz. ist, durch die konkrete Herstellung des Werkes in einer neuen Ausgabe, also z B. durch Ausstattung des Werkes mit unz. Bildern, mit Seitenangaben, die auf den das Geschlechtsleben betreffenden Inhalt einzelner Stellen hinweisen, oder durch Hervorhebung dieser Stellen im Druck, als eine „unzüchtige" sich darstellen; RG. III 16. Feb 81 E. 4 87. Auch der Leserkreis, für den die Schrift bestimmt ist, fällt ins Gewicht (Hälschner aO., Binding aO. S. 468 u. Lb. I 216; vgl. auch die Motive); so kann eine Zeitungsannonce trotz ihres anscheinend unverfänglichen Wortlautes mit Rücksicht auf den einem bestimmten Leserkreise bekannten Sinn u. sein, während eine Erörterung, die in einem wissenschaftl. Werke des u. Charakters entbehren würde, in einer Zeitung mit Rücksicht auf den weiten Leserkreis u. sein kann; RG. I 15. Dez. 79, III 26. März 81, R. I 149, 3 165, IV 22 März 95 E. 27 114, Berlin 22. Mai 75, 2. Okt. 78, St. 5 52, O. 19 440, H. Meyer S. 747, Oppenh.-O. N. 2, Rüd.-St. N. 1, Binding Zschr. 2 463. Über die Bedeutung einer wissenschaftl. o. künstl. Tendenz einer Schrift für die Frage der Unzüchtigkeit vgl. auch RG. II 4. Nov. 04 G. 52 . Desgl kann die Art der Verbreitung von entscheidender Bedeutung sein; zit. RG E. 29 133.

b) Bezüglich einer „Abbildung" ist es nach dem Geist des Gesetzes an sich gleichgültig, ob sie eine vorher angefertigte ist, mit der demnächst die strafb. Hdlgen vorgenommen werden, oder ob der Stoff zunächst „angeschlagen" und alsdann erst mit der Zeichnung 2c. versehen wird; RG. III 24. Nov. 84 E. 11 282. Eine Abbildung, deren Unzüchtigkeit nach denselben Grundsätzen, wie bei einer „Schrift" sich bestimmt (vgl. das zu a zit. RG. E. 21 306) ist, übrigens auch dann „unzüchtig", wenn ein unz. Inhalt nicht schon aus der unmittelbaren Betrachtung sich ergibt, sondern — wie bei den sog. latenten Bildern — erst durch Anwendung weiterer Mittel, z. B. durch Beleuchtung oder Erwärmung, erkennbar gemacht wird; Berlin 15. Feb. 78 O. 19 74. Ebenso kann die U. einer „Abbildung" aus dem begleitenden Texte erhellen, was auch dann zu prüfen bleibt, wenn der Text als solcher nicht den Gegenstand des Verfahrens bilden sollte; RG. II 20. Sept. 98 E. 31 260. Wegen eines Falles der relativen U. vgl. das zu a zit. RG. 33 17 (ausgestellte Bilder waren auch für jugendliche Personen zugänglich, weshalb der Umstand nicht entscheidend sein konnte, daß sie das Scham- u. Sittlichkeitsgefühl Erwachsener zu verletzen ungeeignet waren) sowie im allg. über die Frage, inwiefern Kunstwerke unz. sein können, RG. II 22. Nov. 04 E. 37 315.

c) Eine plastische „Darstellung" des nackten menschlichen Körpers oder einzelner seiner Teile ist dann „unzüchtig", wenn sie objektiv erkennbar zu einem schamverletzenden Zwecke geschah; vgl. Berlin 19. Juni 74, 8. Nov. 76, St. 4 140, O. 17 720.

4) Während nach der früheren Fassung zwei Mischtatbestände zu unterscheiden waren, nämlich das „Verbreiten" unz. Schriften und das „Ausstellen o. Anschlagen" solcher „an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind", begreift die jetzige Nr. 1 des § 184 diese Handlungen sämtlich unter „Verbreiten", stellt dem Verbreiten aber zur Seite einmal das bloße „Feilhalten", dann aber selbst schon die „Herstellung" sowie das „Vorrätighalten, Ankündigen u. Anpreisen", beides insofern es „zum Zwecke der Verbreitung" geschieht; die Frage, ob es sich hier wegen Gleichwertigkeit der Merkmale um einen sog. alternativen — eine alternative Feststllg. zulassenden — Mischtatbestand handele, wird mit Wertheimer Mischtatbestände S. 44 zu bejahen sein. Mit diesen beiden Erweiterungen soll, nach der Begründung der Regierungsvorlage (das. S 8), dem Mangel des bisherigen Gesetzes abgeholfen werden, der darin lag, daß ein strafrechtliches Einschreiten erst möglich war, wenn eine Verbreitung der unz. Schriften bereits stattgefunden hatte und damit die verderblichen Wirkungen unz. Erzeugnisse schon eingetreten waren, ohne daß sie durch die nachfolgende Beschlagnahme sich aufheben ließen.

5) „Feilhalten" (vgl. auch §§ 324, 367 3 5. 7. 9) bezeichnet jedes Bereithalten einer Ware für das Publikum (N. 7c) zum Verkauf; so: RG. III 4. Juni 81, 8. Feb. 82, E

Digitized by Google

4 274, N. 4 137 (beide btr. NahrungsmittelG.), Berner S. 648; aM. Binding Lb. 1 216 (auch 2 70). Ein Anpreisen (s. u. N 8 „ankündigen o. anpreisen") oder Zurschaustellen gehört nicht zum Begriffe des Feilhaltens; zit. RG. N. 4 137.

6) Wg. „Verbreitens", das auch vom Verfasser, sei es allein, sei es in Mittäterschaft (§ 47) mit anderen, insbs. dem Verleger, vorgenommen werden kann (RG. II 13. Jan. 93 E. 23 388), vgl. § 110 N. 10—12. Auch der Drucker einer unz. Schrift kann als Täter in Betracht kommen; RG. IV 4. Juli 02 E. 35 317.

Daß dem Worte im § 184 eine vom gem. Wortsinne abweichende Bedeutung nicht zukomme, erkennt insbs. RG. III 6. Nov. 84 N. 6 703 an; daraus folgt, daß ein bloßes Vorzeigen, ohne Mitteilung von Hand zu Hand, diesen Mischtatbestand nicht erfüllen kann (RG. III 24. März 87 N. 9 196; s. jedoch N. 7 letzt. Abs.). Einer bewirkten „Verbreitung" kann demnächst eine neue (als selbständige Hdlg.) folgen; deshalb kann der von der Anklage wegen Verbreitung einer unz. Schrift Freigesprochene wegen demnächstiger wiederholter Verbreitung derselben Schrift von neuem unter Anklage gestellt werden; RG. II 30. Sept. 81 E. 5 101.

7) Ausweislich der Verbindung „oder sonst" können die ausdrücklich genannten Hdlgen des „Verkaufens", „Verteilens", des „Ausstellens oder Anschlagens" an, dem Publikum zugänglichen Orten den Tatbestand nur dann erfüllen, wenn sie als ein Verbreiten sich darstellen; sie sind lediglich „Arten der Verbreitung"; so btr. des „Verkaufens u. Verteilens" nach der früheren Fassung RG. III 18. Okt. 86 E 14 397 sowie speziell btr. des „Verteilens" RG. III 22. Okt. 83 E. 9 292. Dasselbe gilt für die Handlungen des „Verkaufens", „Verteilens", „Ausstellens" u. „Anschlagens" auch nach der jetzigen Fassung; so RG. III 2. Juli 03 E. 36 330; aM. Binding Lb. 1 215 N. 2, der wg. des fehlenden Kommas hinter „anschlägt" die Worte „o. sonst verbreitet" nur auf die anderweite Verbreitung an, dem Publikum zugänglichen Orten bezieht. Dem Fehlen des Kommas, das in den früheren Entwürfen enthalten war, in den späteren vom 7. Dezbr. 1898 u. vom 3. Feb. 1899 aber ohne ersichtlichen Grund fortgelassen ist, kann jedoch eine derartige Bedeutung nicht beigemessen werden, da die Materialien im übrigen keinen Anhalt dafür bieten, daß man hinsichtl. der Bedeutung der Wendung „o. sonst verbreitet" eine derartige Abweichung vom früheren Rechtszustande habe vornehmen wollen; zit. RG. E. 36 331, v. Liszt S. 383; vgl. auch btr. Nr. 2 unten N. 10.

a) Ein „Verkaufen" kann hiernach nur dann genügen, wenn die Übergabe hinzugekommen ist (Dresden 14. Jan. 78 St. 8 136, Billnow GS. 30 159); der Abschluß eines Kaufvertrages i. S. des BGB. § 433 ist daher für sich allein nicht ausreichend; insofern geht der Begriff „verkaufen" im § 184 über den zivilrechtl. Begriff hinaus. Unter dieser Voraussetzung kann aber auch der Verkauf nur eines einzelnen Exemplars der Schrift 2c. ausreichen; zitt. RG. E. 9 292, N. 6 703, Berlin 8. Nov. 76 D. 17 720, Hälschner 2 698, Rüd.-St. N. 2. Auch in der bloßen Vermittelung eines Kaufs unz. Schriften ist weder ein Verkaufen noch ein sonstiges Verbreiten zu finden; RG. IV 13. Nov. 03 G. 51 52.

b) Ein „Verteilen" erfordert zwar nicht, daß dem Publikum mitgeteilt werde, kann aber begrifflich nur an eine Mehrheit von Personen geschehen, weshalb auch eine Mehrheit von Schriften 2c. notwendig ist; zitt. RG. E. 9 292, N. 6 703.

c) „Ausstellen oder Anschlagen" (§ 110 N. 12) und zwar „an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind". Dem „Publikum", d. h. einem nach Individualität der Mitglieder und nach Umfang nicht bestimmten Personenkreise (Meves G. 37 199 N. 17b; vgl. auch § 360 11 N. b), zugängliche Orte brauchen nicht notwendig öffentliche (§ 110 N. 5) zu sein; Schütze S. 344 N. 28, Billnow GS. 30 159. Belanglos ist es für den Tatbestand, ob die ausgestellte Schrift 2c. auch wirklich von einer Mehrzahl von Personen wahrgenommen wurde; RG. III 24. Nov. 84 E. 11 282.

Aus der Unterstellung der Tätigkeitsakte des „Ausstellens o. Anschlagens" unter den Begriff der „Verbreitung" (N. 6) folgt, wie auch schon aus dem ein Ausstellen 2c. „der unz. Schrift" fordernden Wortlaute, daß für den Begriff des Ausstellens 2c. gleichfalls ein Zugänglichmachen der Schrift, und zwar ihres unz. Inhaltes, für einen nicht beschränkten Personenkreis notwendig ist. Das Ausstellen 2c. von bildlichen o. plastischen Darstellun-

Digitized by Google

gen — wofür in concreto auch das Vorzeigen an die in einer Gaststube anwesenden Gäste erachtet ist (vgl. das N. 6 zit. RG. N. 9 196) — enthält die Zugänglichmachung des unz. Inhaltes in sich selbst. Anders bei einer Druckschrift; ein Zugänglichmachen dessen, was hier die U. begründet, wird erst durch Darbietung der Möglichkeit, von deren u. Inhalte Kenntnis zu nehmen, vermittelt. Diese Möglichkeit ist nicht vorhanden, wenn die Schrift nur so ausgestellt 2c. wird, daß lediglich der an sich nicht anstößige Titel o ein allein nicht unz. Teil eines im ganzen unz. Bildes dem Publikum wahrnehmbar wird (RG. III 18. Okt. 86, IV 11. Juni 01, E. 14 397, 34 285, III 2. Mai 95, 16. Feb. 03, G. 43 115, 50 137), doch kann die Handlg. dann ein „Feilhalten" (N. 5) oder ein „Ankündigen" bzw. „Anpreisen" (N. 8) sein. Anders würde es nur liegen, wenn durch geflissentliche Gruppierung und Verbindung mehrerer an sich harmloser Darstellungen ein dem Auge des Beschauers als Einheit sich darstellendes als solches unzüchtiges Gesamtbild hergestellt wird; RG. II 12. Jan. 97 G. 45 31.

8) Unter der Voraussetzung des „Zweckes der Verbreitung" (N. 6) ist schon unter Strafe gestellt die bloße „Herstellung" unz. Schriften, sowie das „Vorrätighalten" solcher und deren „Ankündigung" o. „Anpreisung".

a) Unter „Herstellung" ist nicht nur die mechanische Tätigkeit des Herstellens zu verstehen; der Urheber des unz. Werks kann ebenso strafbar sein, wie der Verleger, Drucker (RG. IV 4. Juli 02 E. 35 317) oder Zeichner. In der Kommission gestellte Anträge, „die mechanische Bethilfe" des Arbeiters, falls sie „auf Grund eines Arbeits- o. Dienstvertrages" erfolge, unter allen Umständen straflos zu lassen (KommBer. 10. LegislPer. 1898/99 Nr. 312 S. 30), sind mit Recht abgelehnt, da die Strafbarkeit des bei der Herstellung beschäftigten Arbeiters nur nach allgemeinen strafrechtl. Grundsätzen sich bestimmen kann. Das „Vorrätighalten" setzt ein Verhältnis voraus, das dem Täter die Möglichkeit gewährt, die Schrift usw. einem „Vorrate" zum Zwecke des Verkaufs oder Feilhaltens zu entnehmen, der bloße Erwerb der Schriften ist also vor Aushändigung nicht für ausreichend zu erachten.

b) Die „Ankündigung" einer unz. Schrift, wodurch auf eine Gelegenheit zu ihrem Bezuge aufmerksam gemacht wird, sowie deren „Anpreisung" (vgl. über beide Begriffe RG. II 3. Mai 04 E. 37 142) brauchen nicht, wie in Nr. 3, dem „Publikum" gegenüber zu erfolgen, und es wird dies auch nicht durch den Zweck der Verbreitung erfordert (§ 110 N. 10a); die zum Zwecke der Verbreitung erfolgende Anpreisuug einer Person gegenüber erfüllt deshalb gleichfalls den Tatbestand. Auch eine lobende Kritik kann eine Anpreisung zum Zwecke der Verbreitung enthalten; Heilborn G. 47 281. Durch die Ankündigung einer unz. Schrift werden nicht nur diej. Bestandteile des angebotenen Buchs angekündigt, auf welche die Bezeichnung des Buchs unmittelbar hinweist (z. B. „Liebe ohne Kinder"), sondern es können dadurch auch andere in der Ankündigung nicht genannte Bestandteile des Buchs (z. B. die in Inseraten in dem Buch aufgeführten weiteren Schriften) als mitangekündigt angesehen werden, sofern nur solches für den Leser von gewöhnlicher Bildung und Begabung aus der Anzeige erkennbar wird. Was ein solcher Leser aber nicht aus der Bekanntmachung selbst zu erkennen vermag, kann auch nicht als durch sie angekündigt gelten; RG. IV 9. Juli 01, II 6. März 03, E. 34 317, 36 139. Daß die Bekanntmachung, durch die eine unz. Schrift angekündigt wird, selbst einen unz. Inhalt habe, ist nicht erforderlich; RG. IV 11. Juni 01 E. 34 285; vgl. auch N. 7.

9) Der Dolus besteht, wie bei jedem vorsätzlichen Delikte, im Wissen u. Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale; Villnow GS. 30 159. Deshalb ist ein Dolus ohne Kenntnis von dem Inhalte der Schrift 2c. nicht denkbar; aber die Kenntnis allein genügt nicht; der Täter muß auch das Bewußtsein von dem unzüchtigen Inhalt der Schrift 2c. haben (RG. I 15. Dez. 79 N. 1 149, IV 22. März 95 E. 27 114, Hälschner 2 698, Merkel S. 369, Binding Lb. 1 217 u. ZStrW. 2 468, Heilborn G. 47 281 f.), gleichwie er die Bestimmung der Gegenstände zum unz. Gebrauch, bzw. der öffentl. Ankündigungen zur Herbeiführung unz. Verkehrs wissen muß, wobei jedoch eventueller Dolus (§ 59 N. 6) ausreicht; so RG. II 7. Okt. 02 G. 50 102; aM. Binding Lb. 1 217. Demgemäß verneinte RG. III

Digitized by Google

14. Juni 88 G. **36** 315 den Tatbestand der Beihilfe (§ 49) zum Verg. aus § 184 — jetzt Nr. 1 des §. — in einem Falle, wo bezüglich des für seinen Kommittenten die Verbreitung von (tatsächlich unsittlichen) Büchern vermittelnden buchhändlerischen Kommissionärs lediglich festgestellt war, daß „er auf den Gedanken geführt werden mußte, es könnten unter den von ihm beförderten Büchern unzüchtige Schriften sich befinden"; für die Annahme eines auch nur eventuellen Dolus ist dies mit Recht nicht für ausreichend erachtet.

Zu Nr. 2—4. N. 10—14.

10) Nr. 2. Während die Nr. 1 vor allem die Verbreitung im gewerbl. Verkehr vor Augen hat, bezieht Nr. 2 sich auf Fälle außerhalb eines solchen, weshalb sie insoweit der Nr. 1 subsidiär ist. Die Bestimmung der Nr. 2 ist für notwendig erachtet, weil eine Unterlassung gg. Entgelt i. S. der Nr. 1 nur insoweit strafbar ist, als damit das unz. Werk zugleich verbreitet wird (N. 6, 7), dies aber nicht ausreicht, um Personen, die dem jugendlichen Alter und der Erziehung in Schule und Haus noch nicht entwachsen sind, zu schützen (Begründung der Regierungsvorl. S. 8). Das entgeltliche Überlassen oder Anbieten an Personen unter 16 J. ist deshalb schlechthin und ohne Rücksicht darauf, ob darin zugleich eine Verbreitung des unz. Werkes i. S. der Nr. 1 zu erblicken ist, mit Strafe bedroht. Die „unzüchtigen Schriften 2c." (N. 2, 3) müssen „einer Person unter 16 Jahren", also einer solchen, die „das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat" (§ 182 N. 1b) „überlassen oder angeboten" sein und zwar beides „gegen Entgelt".

„Überlassen" ist umfassender wie verkaufen, und bezeichnet jede wissentliche Übertragung an einen anderen, sei es zum dauernden Besitz, sei es leihweise (vgl. §§ 363 N. 12b, 367[3] N. fβ); Binding Lb. **1** 217, Heilborn G. **47** 282.

Das „Anbieten" kann auch schriftlich und durch Verbreitung von Druckschriften geschehen; in dem Ausstellen und Auslegen im Schaufenster oder Laden ist aber ein „Anbieten" noch nicht zu finden, auch wenn solche Personen unter 16 J. zugänglich sind; Schlecht GS. **60** 24.

Wegen des Begriffes „gegen Entgelt" vgl. § 219 N. 1b.

Auch eine Person unter 16 J. kann Täter sein; die besonderen Gründe, die i. F. des § 176[3] (das. N. 16a) gegen die Täterschaft einer noch nicht 14 J. alten Person sprechen, liegen hier nicht vor (vgl. übrigens Frank DJZ. 5 239).

In subjektiver Beziehung ist außer der Kenntnis der Unzüchtigkeit des Werkes 2c. (N. 9) auch Kenntnis des Alters der Person, der das Werk überlassen oder angeboten wird, erforderlich, doch ist auch hier Eventualdolus genügend. Wg. des Verhältnisses zu § 184a, dessen N. im allg. zu vergleichen, s. insbs. N. 3 das.

11) Nr. 3. Ob ein Gegenstand zu unzüchtigem (§ 174 N. 4) Gebrauch „bestimmt" sei, ist nicht lediglich von der Absicht des Verfertigers, noch weniger von der des Käufers abhängig, vielmehr sind unter zu unz. Gebrauch bestimmten Gegenständen solche zu verstehen, die dazu einerseits vermöge ihrer Beschaffenheit sich eignen und andererseits erfahrungsmäßig Verwendung zu finden pflegen. Da ferner kein Gegenstand denkbar ist, der seiner Beschaffenheit und einer bekannten Übung nach gerade nur zu dem Zwecke des ehelichen, nicht auch zugleich des außerehelichen Geschlechtsverkehrs dienen würde, so schließt die Bestimmung eines Gegenstandes zum Gebrauch beim ehelichen Geschlechtsverkehr von selbst den Nachweis der Bestimmung auch zum Gebrauch beim außerehelichen Verkehr, also zu unz. Gebrauch in sich; RG. I 23. Sept. 01, II 6. Juni 02, E. **34** 365, **35** 277. Es wird danach nicht erfordert, daß der Gegenstand lediglich zu einem unz. Gebrauch bestimmt sei, vielmehr genügt es, wenn der Gegenstand nach Beschaffenheit und Erfahrung sowohl unz. Gebrauch, wie anderen nicht unz. Zwecken dienen kann. Daß der Gebrauch selbst als eine u. H. sich darstelle, ist ebenfalls nicht erforderlich, ein Gegenstand ist auch dann zu unz. Gebrauch bestimmt, wenn seine Verwendung der Ausübung unz. Handlungen in irgendeiner Weise förderlich werden soll (Mittel zum Schutz gegen ansteckende Krankheiten beim außerehel. Geschlechtsverkehr); RG. II 19. Juni 03 E. **36** 312. In erster Linie soll durch die Bestimmung die Ankündigung der sog. Gummiartikel: Präservativs, Sicherheitsovale, oder sonstiger zur Hinderung der Empfängnis bestimmter Mittel getroffen werden. Auch sind die meisten unter dem Namen „Frauenschutz" angepriesenen

Digitized by Google

Mittel hierher zu rechnen; vgl. RG. I 6. Okt. 02 E. 50 100 („Preislisten über Frauenschutz") sowie II 3. Mai 04 E. 37 142.

12) Wegen „Ausstellens an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind" s. N. 7c. Insbs. ist auch für Nr. 3 festzuhalten, daß ein Gegenstand nur dann als „ausgestellt" anzusehen ist, wenn er unmittelbar dem Auge des Beschauers dargeboten wird; das N. 7 letzt. Abs. zit. E. 50 137. Verboten ist durch Nr. 3 nur das „Ausstellen", nicht, wie in Nr. 1, auch das Feilhalten, Verkaufen oder Vorrätighalten. Über das Verhältnis des § 184[3] zu früheren denselben Gegenstand betreffenden Poliz.Verordnungen vgl. RG. II 6. Juni 02 E. 35 277 und Berlin KG. 12. Dez. 00 Jahrb. 21 C 47.

13) Das „Ankündigen" und „Anpreisen" (N. 8) der zum unz. Gebrauch bestimmten Gegenstände ist abweichend von Nr. 1 nur strafbar, wenn es dem „Publikum" gegenüber erfolgt. Begrifflich ist darunter nichts anderes zu verstehen, als eine öffentliche Ankündigung in dem § 110 N. 5 erörterten Sinne, d. h. eine Ankündigung oder Anpreisung an eine Mehrzahl unbestimmt welcher und wie vieler Personen im Gegensatz zu einem individuell bestimmten abgeschlossenen Personenkreise; RG. I 8. Jan. 01 E. 34 81. Auch die Ankündigung in Barbier- und Friseurläden fällt deshalb hierunter (Komm.Ber. Drucks. des RT. Nr. 312, 10. LegislPer. Sess. 1898/99 S. 32). Der abweichenden Ansicht von Binding Lb. I 217, der in solchen Ankündigungen nur Ankündigungen an einen bestimmten Kundenkreis erblickt, ist nicht beizustimmen. In dem zit. RG. E. 34 81 ist ein solches Anpreisen auch angenommen in einem Falle, wo die Anpreisung nicht unmittelbar, sondern durch Verkauf von geschlossenen Kuverts bewirkt wurde aus dem Gesichtspunkt, daß dieser Verkauf in einer öffentl. Wirtschaft an beliebige Gäste stattfand. Daß die Ankündigung selbst einen unz. Inhalt habe, ist nicht erforderlich, dagegen muß durch ihren Inhalt unmittelbar — wenn auch nicht für jedermann, so doch für Leute von einer gewissen Lebenserfahrung — verständlich zum Ausdruck gebracht sein, daß sie auf Gegenstände, die zu unz. Gebrauch bestimmt sind, Bezug habe; RG. zit. E. 34 285, II 16. Jan. 03 E. 50 128. Nicht erforderlich ist endlich (entsprechend wie in Nr. 1; s. N. 2b), daß die Ankündigung bestimmt oder geeignet erscheint, zur Unzucht anzureizen; RG. II 19. Juni 03 E. 36 312.

14) Nr. 4. Durch Nr. 4 sollen, wie schon in dem Entw. von 1892 (Begründg. S. 13 und ebenso in dem Entw. v. 3. Feb. 99 (Begründg. S. 7) zum Ausdruck gebracht ist, vorzugsweise Zeitungsankündigungen, die unz. Zwecke verfolgen, getroffen werden, die früher nur strafbar waren, wenn sie selbst als „unzüchtige Schriften" sich darstellten, jetzt aber allgemein mit Strafe bedroht sind, wenn sie dazu bestimmt sind, „unzüchtigen" (§ 174 N. 4) Verkehr — gleichgültig, ob zwischen Personen verschiedenen, oder desselben Geschlechts — herbeizuführen. Bedingt ist die Strafbarkeit der öffentl. Ankündigungen dadurch, daß die Ankündigg. selbst den vom Gesetz erforderten Zweck — wenn auch verschleiert, oder in Andeutungen — erkennen läßt. Die bloße Erwartung des Ankündigenden, es werde infolge der Anzeige zu einem unz. Verkehr kommen, ist nicht genügend; vgl. N. 8 u. RG. II 6. Okt. 03 E. 36 388. Daß es tatsächlich zu einem unz. Verkehr gekommen sei, wird nicht erfordert. Ankündigungen von Tanzlustbarkeiten, an denen, wie jedermann weiß, nur bescholtene Mädchen teilnehmen, sind nicht hierher zu rechnen; Heilborn E. 47 282.

Verhältnis zu § 183; Strafe; Einziehung; Beschlagnahme, Verjährung, Zuständigkeit. N. 15—18.

15) Was das Verhältnis des § 183 zu Nr. 1 (bzw. Nr. 2) des § 184 betrifft, so findet letzterer, ohne Rücksicht darauf, ob Ärgerniserregung stattgefunden hat oder nicht, ausschließlich Anwendung, wenn die hier bezeichneten Handlungen mit objektiv unzüchtigen Schriften 2c. vorgenommen werden (RG. III 17. Jan. 95 E. 26 370), während die u. Handlung als solche, die mit einer weder an sich, noch in der vorliegenden Gestalt u. Schrift 2c. begangen sind, zutreffendenfalls aus § 183 (dann selbstverständlich nicht aus § 184) strafbar sein kann; vgl. RG. II 28. Jan 93 E. 42 397 N. *, III 6. Nov. 93 E. 24 365 (368).

16) Die Hauptstrafe ist kumulativ Gefängnis v. 1 T.—1 J. (§ 16) und Geldstr. v. 3—1000 M. (§ 27) oder eine dieser Strafen. Als Nebenstrafe kann neben Gefängnis nach Abs. 2 erkannt werden: a. VbER. gemäß § 32; b. ZulPolAuff. (§§ 38 f., insbs. § 38 N. 5).

Digitized by Google

17) Einziehung gemäß § 40 kann erfolgen, wenn die Schrift 2c. zur Begehung eines Verg. aus § 184 gebraucht oder zur (fortgesetzten) Begehung bestimmt war; so: Hälschner 2 698, Oppenh.-D. N. 19, Rüd.-St. N. 6; aM. v. Schwarze N. 5. Wegen der Maßregeln auf Grund der §§ 41, 42 vgl. §§ 41 N. 4, 5, 42 N. 3, 4, insbs. das an letzterer Stelle zit. RG. E. 4 87.

18) In allen Fällen, wo der Inhalt einer Druckschrift den Tatbestand einer der im § 184 mit Strafe bedrohten Hdlgen begründet, greift die Vorschrift des PreßG § 23[3] Platz, d. h. es kann eine Beschlagnahme ohne vorgängige richterliche Anordnung stattfinden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67[2] in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten; so auch RG. II 28. Feb. 99 E. 32 69.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 184a.

Wer Schriften, Abbildungen oder Darstellungen, welche, ohne unzüchtig zu sein, das Schamgefühl gröblich verletzen, einer Person unter sechzehn Jahren gegen Entgelt überläßt oder anbietet, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Entw. d. G. v. 25. Juni 1900. Aktenst. 1898/1900 Nr. 112, 834. StB. 1898/1900 S. 5691 ff.

1) Während die Regierungsvorlage (o. S. 7) jeden mit Strafe bedrohte, der Schriften 2c. der im § 184a bezeichneten Art „zu geschäftlichen Zwecken an öffentl. Straßen 2c. in Ärgernis erregender Weise ausstellt o. anschlägt", erhielt der §. durch den Antrag v. Hompesch u. Gen. die jetzige beschränkte Beziehung hinsichtlich des entgeltlichen Überlassens o. Anbietens an Personen unter sechzehn Jahren.

2) Wegen „Schriften, Abbildungen o. Darstellungen" im allg. vgl. § 184 N. 2, 3.

Was das in § 184a aufgestellte spezielle Erfordernis bezüglich der Beschaffenheit der Schriften 2c. betrifft, so ging man nach der Begründung der Regierungsvorlage davon aus, daß nach der feststehenden Rechtsprechung der Gerichte „Schriften 2c. nur dann als unzüchtig anzusehen seien, wenn sie das Scham- u. Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung gröblich zu verletzen geeignet seien"; dies ist allerdings bezüglich des Momentes der „Gröblichkeit" nur in einschränkendem Sinne richtig (§ 174 N. 4). Allein von jener und der weiteren Annahme ausgehend, daß es „zahlreiche Abbildungen und Darstellungen gebe, die zwar nicht unzüchtig in dem angegebenen Sinne, aber doch geeignet seien, durch Verletzung des Schamgefühls Ärgernis zu erregen" (Begründung S. 9), formulierte der Regierungsentwurf — und ihm insoweit folgend der Antrag v. Hompesch u. Gen. — den Begriff einer Schrift 2c., „welche, ohne unzüchtig zu sein, das Schamgefühl gröblich verletzt". Zu verstehen ist darunter also eine Verletzung des Schamgefühls außerhalb des geschlechtl. Gebiets (Schlecht GS. 60 21), weshalb insbs. nicht erforderlich ist, daß die Schrift 2c. geeignet sei, geschlechtl. Lüsternheit zu erregen. Daß es derartige Schriften, namentl. aber Abbildungen u. Darstellungen, geben kann, wird man ohne weiteres im Hinblick auf die Abbildungen eines anatomischen Atlasses, die Präparate menschlicher Körperteile in Wachs u. ähnliches einräumen müssen; hier ist von „unzüchtigen" Darstellungen keine Rede, wohl aber können sie — selbstverständlich nur in Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse — „das Schamgefühl gröblich verletzen". Maßgebend ist hier, wie bei dem Begriff des „Unzüchtigen" (§ 174 N. 4) das der Allgemeinheit, dem Menschen normaler Beschaffenheit (Frank DJZ. 5 238, Heilborn G. 47 282) beiwohnende Schamgefühl, nicht das eines einzelnen o. gar das konkrete, einer Person unter 16 J., der die Schrift angeboten o. überlassen wird; Binding Lb. 1 218.

Auch ob eine „gröbliche" Verletzung des Schamgefühls vorliegt, ist lediglich objektiv zu prüfen; eine Berücksichtigung des Empfindens, z. B. der Bewohner einer bestimmten Gegend, kann nicht stattfinden; Schlecht GS. 60 23.

3) Der Tatbestand stimmt im übrigen mit dem der Nr. 2 des § 184 überein; vgl. deshalb in objektiver wie in subjektiver Beziehung das. N. 10. Die Vorschrift des § 184a ist der des § 184[3] subsidiär.

Digitized by Google

4) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16) o. Geldstr. von 3 bis 600 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren, im Falle der Anwendung des PreßG. § 22 (N. 3 i. V. mit § 184 N. 10) aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 184b.

Mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten wird bestraft, wer aus Gerichtsverhandlungen, für welche weg n Gefährdung der Sittlichkeit die Oeffentlichkeit ausgeschlossen war, oder aus den diesen Verhandlungen zu Grunde liegenden amtlichen Schriftstücken öffentlich Mittheilungen macht, welche geeignet sind, Aergerniß zu erregen.

Aktenst. 1. Session 1887 Nr. 18, 117. Entw. d. G. v. 5. April 1888 Art. IV. Aktenst. 1887/88 Nr. 31, 138. StB. S. 1887/88 S. 1239, 1347.

Entw. d. G. v. 25. Juni 1900. Aktenst. 1898/1900 Nr. 112, 334. StB. 1898/1900 S. 5691 ff.

1) Der § 184b, der erst zuf. G. v. 25. Juni 1900 in das StGB. neu eingestellt ist, bildete ursprünglich den Inhalt des Abs. 2 des § 184, und zwar auch erst zuf. Art. IV des G. v. 5. April 1888 (o. S. 5); während die Regierungs-Vorlage von 1887/88 ein Präventivsystem verfolgte, indem das Verbot der Veröffentlichung von einem vorgängigen Gerichtsbeschlusse abhängig gemacht werden sollte, beruht die — demnächst zum Gesetz erhobene — von der RTkommission vorgeschlagene Fassung des Art. IV auf dem Gedanken der Repression. Die im Abs. 2 des § 184 enthaltene Vorschrift wurde einer Änderung, namentlich auch hinsichtlich der Strafandrohung, nicht für bedürftig gehalten; weil aber gegen die übrigen im § 184 aufgestellten Delikte eine schärfere Strafe für angemessen erachtet wurde, erschien es — rein redaktionell — angemessen, die Vorschrift des Abs. 2 des § 184 als § 184b einzustellen.

2) Während die Artt. II u. III des G. v. 5. Apr. 1888 i. V. mit § 175$_2$ GVG. die Geheimhaltung derjenigen Gerichtsverhdlgen schützen, bei denen die Öffentlichkt. wegen Gefährdung der Staatssicherheit ausgeschlossen ist, regelt § 184b die Materie des Schutzes der Geheimhaltung betreffs der Gerichtsverhdlgen, für welche die Öffentlichkt. wegen Gefährdung der Sittlichkeit ausgeschlossen wird; Kleinfeller Rgef. btr. Nichtöffentlichkt. d. Gerichtsverhdlgen S. 131. Da das Prinzip des EG. § 2 (das. N. 2$_2$) auch auf § 184b Anwendung findet, so sind landesgesetzl. Strafvorschriften (vgl. insbs. das in den Motiven zum Entw. v. 1887/88 sowie bei Kayser HH. 4 661 zitierte, in Elsaß-Lothringen geltende G. v. 18. Juli 1828), insoweit sie dieselbe Materie betreffen, außer Kraft getreten; Kleinfeller aO.

3) Objektive Voraussetzung für die Anwendung des §. ist der „Ausschluß der Öffentlichkeit für eine Gerichtsverhdlg." nach Maßgabe des GVG. §§ 173 ff., also für eine Gerichtsverhdlg., die unter die Bestimmung des GVG. fällt, allerdings nur auf Grund der Bestimmungen dieses GVG. selbst — denn nur daran denkt die Vorschrift des §. — nicht auf Grund der Übertragung der Bestimmungen des GVG. durch Landesgesetz auf Verhandlungen von Gerichten (Verwaltungsgerichten), für die sie nicht von vornherein gegeben sind; Oppenh.-D. N. 2.

Die Ausschließung der Öffentlichkt. muß erfolgt sein aus dem zweiten der nach GVG. § 173 zugelassenen Gründe, nämlich wegen „Gefährdung der Sittlichkeit".

Erfolgte die Ausschließung der Öffentlichkt. nur für einen Teil der Vhdlg., so liegt die gesetzliche Voraussetzung auch nur für diesen Teil vor (vgl. jedoch N. 4); falls also z. B. die Öffentlichkt. für die Verkündung der Urteilsgründe nicht ausgeschlossen war, so ist die öffentl. Mitteilung aus den Gründen selbst dann nicht aus § 184b strafbar, wenn sie geeignet ist, Ärgernis zu erregen; RG. IV 28. Okt. 90 E. 21 135.

Andere objektive Voraussetzungen hat § 184b nicht, namentl. ist eine besondere Untersagung der Mitteilung (etwa ähnlich dem Schweigegebot nach GVG. § 175$_2$) keine solche.

Digitized by Google

4) Die Handlung selbst besteht darin, daß aus solchen „Gerichtsvhdlgen" (N. 3) oder „aus den diesen Vhdlgen zugrunde liegenden amtlichen Schriftstücken" öffentlich „Mitteilungen" (Plural statt Singular; vgl. § 110 N. 14) gemacht werden, gleichgültig aus welcher Quelle das Material für letztere geschöpft ist; RG. IV 5. Juli 89 G. 37 299. Auch ein Ausschluß der Öffentlichkt. nur für einen Teil der Gerichtsvhdlg. kann der Mitteilung aller der ganzen Vhdlg. zugrunde liegenden amtlichen Schriftstücke entgegenstehen, wenn sie eben alle auch jenem Teile zugrunde liegen; Oppenh.-D. N. 3.

5) Die „Mitteilung" muß sein:

a. „öffentlich" (§ 110 N. 5); der praktisch wichtigste Fall ist zwar derjenige der Wiedergabe durch die Presse, den auch die Entwürfe allein treffen wollten; im übrigen aber genügt eine öffentliche Mitteilung jeder Art, also namentl. auch eine mündliche; Binding Lb. 1 218, Oppenh.-D. N. 4, Kleinfeller aO. S. 221, Klemm Rgef. btr. Nichtöffentlichkt. d. Gerichtsvhdlgen (Leipzig 1888) S. 51, Koller RPreßG. (Nördlingen 1888) S. 117; erfolgt die Mitteilung durch die Presse, so liegt, da der Inhalt der Druckschrift die Strafbarkeit begründet, ein Preßvergehen vor, auf welches die §§ 20, 21 PreßG. Anwendung finden;

b. „geeignet, Ärgernis zu erregen". Wegen des letzteren mit „Ärgernis geben" gleichbedeutenden Begriffes vgl. §§ 166 N. 7, 183 N. 8; während aber in diesen Gesetzesstellen erfordert wird, daß ein Ärgernis tatsächlich erregt wurde, ist im Falle des § 184b schon das Geeignetsein dazu für ausreichend erklärt, damit — nach dem Kommissionsberichte — die für den Strafrichter schwierige Feststellung, daß die Veröffentlichung wirklich Ärgernis gegeben habe, vermieden werde; RG. IV 5. Juni 89 G. 37 299, Binding Lb. 1 218, v. Liszt S. 385, Frank N. II, Scholl ZStrW. 13 295. Ganz gleich aber wie im Falle des § 183 (das. N. 9) muß auch in dem des § 184b die Ärgniserregung in der Verletzung des Sittlichkeitsgefühles, und zwar des allgemeinen, bestehen; RG. zit. G. 37 299, I 12. März 91 E. 21 396.

Daraus folgt aber keineswegs, daß die Mitteilung selbst eine unzüchtige i. S. der §§ 183, 184_1 bzw. des § 174 (das. N. 3—5) sein müsse; so zit. RG. E. 21 396; aM.: Kleinfeller aO. S. 222, 224, Klemm aO. S. 51, Klöppel RPreßr. S. 434.

6) Andere Erfordernisse sind an die Mitteilung nicht gestellt, namentl. nicht etwa, daß sie wahrheitswidrig oder entstellt sei; auch eine wahrheitsgetreue Mitteilung kann vielmehr den Tatbestand erfüllen; Stenglein GVG. § 175 N. 10.

7) Für die Beantwortung der Frage, ob nur die vorsätzliche oder auch die fahrlässige Mitteilung strafbar sein soll, kann — mangels eines positiven Grundes für das Gegenteil — nur das allgemeine Prinzip maßgebend sein (E. I Abschn. 4 N. 4). Demgemäß ist, wie im § 300 (das. N. 10) nur die vorsätzliche Offenbarung, ebenso hier nur die vorsätzliche Mitteilung für strafbar zu erachten; Binding Lb. 1 218, auch Kleinfeller aO. S. 223, der jedoch zu Unrecht annimmt, daß die RTKommission anderer Meinung gewesen sei (der S. 593 des Kommissionsberichtes — Aktenst. Nr. 138 — erwähnte Antrag bezog sich lediglich auf Art. III, wie er nach dem Kommissionsbeschlusse stehen geblieben war, d. h. auf Art. III Abs. 2, nicht aber auf Art. IV des Gesetzes).

Demnach ist zum Dolus nicht nur das Bewußtsein erforderlich, daß die Öffentlichkeit der btr. Gerichtsvhdlg. ausgeschlossen gewesen sei, sondern namentl. auch, daß die Mitteilung, — in dem N. 5b erläuterten Sinne — geeignet sei, ein Ärgernis zu erregen; wer eine Mitteilung des fraglichen Inhaltes, wenn auch „öffentlich", aber doch frei von der zur Erfüllung des Begriffs des „Unzüchtigen" (§ 174 N. 5) erforderlichen subjektiven Richtung, macht, hat deshalb den erforderlichen Dolus nicht; RG. IV 14. Feb. 93 E. 24 4, Binding aO.

Verhältnis zu anderen Strafvorschriften; Strafe; Beschlagnahme, Verjährung, Zuständigkeit. N. 8—10.

8 a) Das Verhältnis des § 184b zum § 183 wird von Kleinfeller aO. S. 224 dahin charakterisiert, daß, wenn die Zuwiderhdlg. wirklich Ärgernis erregt habe, Gesetzeskonkurrenz i. e. S. vorliege; es folge dies daraus, daß § 183 (das. N. 9) ebenfalls eine Hdlg. voraussetze, die nicht nur bei bestimmten Personen Ärgernis erregt habe, sondern nach dem all-

Digitized by Google

gemeinen Sittlichkeitsgefühl geeignet gewesen sei, Ärgernis zu erregen. In der Tat erscheint aus diesem Grunde das „Ärgniserregen" als der engere Begriff gegenüber dem „Geeignetsein zur Ärgniserregung", und es würde deshalb, wenn dieses Moment beim Vergleich beider Tatbestände allein in Betracht käme, nicht nur unter der von Kleinfeller hervorgehobenen tatsächlichen Voraussetzung, sondern überhaupt Gesetzeskonk (§ 73 N. 12) vorliegen; allein es ist umgekehrt der Tatbestand des § 184b insofern gegenüber dem des § 183 der engere, als dort eine u. H. bestimmter Art, nämlich eine Mitteilung, also eine „Äußerung" genau angegebener Beschaffenheit, erfordert wird. Hiernach ist, da die Tatbestände zum Teil auseinanderfallen, Idealkonk. (§ 73) denkbar; so Oppenh.-D. N. 9; aM. Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 105.

b) In ein Verhältnis der Idealkonk. kann § 184b auch mit den durch diese Gesetzesbestimmung an sich unberührt gebliebenen §§ 17, 18[1] PreßG treten, dann nämlich, wenn die Mitteilung eines amtlichen Schriftstückes eines Strafprozesses durch die Presse nach einer unter Ausschluß der Öffentlichk. stattgehabten Vhdlg., aber vor Beendigung des Prozesses erfolgt. Die Strafe ist alsdann aus PreßG. § 18, als dem härteren Strafgesetze, zu bemessen; denn wenn auch die schwerste Strafart (Gefängnis) in gleichem Höchstbetrage angedroht ist (§ 73 N. 26), so kann doch nach den alternativen Strafandrohungen auf Grund des § 18 zit. G. eine höhere Geldstrafe (nämlich bis 1000 M.), als nach § 184b erkannt werden; Oppenh.-D. N. 9.

9) Die Strafe ist wahlweise Geldstrafe von 3—300 M. (§ 27) oder Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28$_2$ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

10) Daß PreßG. § 23[3] auf § 184b in dem Falle, wenn die „Mitteilung" „mittels einer Druckschrift" erfolgt (N. 5a), Anwendung zu finden habe, wird nicht anzunehmen sein; das PreßG. wurde erlassen, ehe der Inhalt des jetzigen § 184b in das StGB. eingestellt wurde; wenn nun auch, solange dieser als Abs. 2 des § 184 erschien, eine Erstreckung der Vorschrift des § 23[3] PreßG. auf den ganzen § 184 — mangels einer gesetzgeberischen Einschränkung des zit § 23[3] — angenommen werden mußte (vgl. N. 16 zu § 184 der 5. Aufl. des Komm.), so ist doch diese Erstreckung — gleichfalls mangels einer anderweiten Fassung des zit. § 23[3] — wieder weggefallen, nachdem Abs. 2 des § 184 zum § 184b umgestaltet worden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

Vierzehnter Abschnitt.

Beleidigung.

1) Abweichend von der „Verletzungen der Ehre" lautenden Überschrift des PrStGB. Tit. 13 und von der dieser sich anschließenden Ausdrucksweise im § 153 der GewerbeO. (vgl. Berlin 19. Sept. 73 O. 14 561) ist der Abschn. 14 des RStGB. „Beleidigung" überschrieben. Diese Überschrift deckt, allerdings nur in formeller Weise, den gesamten Inhalt des Abschnitts; denn — abgesehen von der einfachen Beleidigung aus § 185 — bezeichnet das StGB. im § 186 die sog. üble Nachrede gleichfalls als „Beleidigung", im § 187 die Verleumdung und die sog. Kreditgefährdung als „verleumderische Beleidigung" und begreift endlich im § 194 die sog. Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen (§ 189) mit unter den Ausdruck „Beleidigung".

2) Die Bedeutung des Wortes „Beleidigung" im StGB. ist sowohl im Abschn. 14 wie außerhalb desselben (vgl. §§ 95 N. 2, 97, 99, 101, 213, 233) eine mannigfache.

Im Abschn. 14 bezeichnet Beleidgg. in seiner engsten Bedeutung nur das Verg. aus § 185 im Gegensatz zur sog. üblen Nachrede und zur Verleumdung, in einer weiteren Bedeutung dagegen die Verg. aus den §§ 185, 186 im Gegensatz zur Verleumdung. Beleidgg. wird ferner mit Ehrverletzung gleich gebraucht und bezeichnet dann entweder die im Ab-

Digitized by Google

schn. 14 behandelten Ehrverletzungen, d. h. die Verg. aus den §§ 185—187, abgesehen von der sog. Kreditgefährdung, oder alle im StGB. behandelten Ehrverletzungen, also außer den eben bezeichneten auch die in den Abschn. 2, 3 behandelten. Endlich können unter „Beleidigungen" nach dem N. 1 Bemerkten alle Vergehen aus Abschn. 14 verstanden werden, einschließlich der Kreditgefährdung und der Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen.

Daß der Abschn. 14 die Materie (EG. § 2) der Beleidgg. im weitesten Sinne habe regeln wollen, soweit nicht in anderen Abschnitten (2 u. 3) spezielle Arten der Beleidigung Regelung erfahren haben, läßt sich annehmen; Binding Hb. I 321. Weil aber die Materie der Beleidigung geregelt ist, so folgt daraus, daß landesgesetzl. Strafbestimmungen über ungebührliche, aber keine Beleidigungen enthaltende, Äußerungen in Eingaben an öffentl. Behörden (insbs. Hannov. PolStGB. v. 25. Mai 1847 § 72) gemäß EG. § 2_2 in Kraft geblieben sind; RG. III 24. Sept. 88 N. 10 490, Berlin KG. 15. Juni 93 Jahrb. 14 409.

3) Wo die neueren prozessualen Bestimmungen (GVG. §§ 27^3, 75^4, EGStPO. § 11, StPO. § 414) vom Verg. der „Beleidigung" sprechen, sind darunter alle im Abschn. 14 behandelten Verg. zu verstehen.

Demgemäß findet die Verfolgung sämtlicher Verg. aus Abschn. 14 „nur nach den Vorschriften der StPO. statt"; EGStPO. § 11.

Die Zuständigkeit ist dahin geregelt, daß, falls die Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht, stets SchöffenG., anderenfalls Strafk. bzw., in den Fällen der nur auf Antrag eintretenden Verfolgung, Strafk. bzw. SchöffenG. zuständig ist; GVG. §§ 27^3, 73^1, 75^4. Alles dieses gilt übrigens bezüglich der durch die Presse begangenen Beleidigungen unbeschadet etwaiger auf Grund des EGGVG. § 6 erlassener landesgesetzlicher Bestimmungen, durch welche für solche Beleidigungen SchwG. zuständig werden kann. Wegen Begründung der Militärstrafgerichtsbarkeit vgl. MStGO. § 11, insbs. Abs. 2.

§. 185.

Die Beleidigung wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Haft oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn die Beleidigung mittels einer Thätlichkeit begangen wird, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. §§ 343 Abs. 2, 102 Abs. 1, 3, 152. Entw. I §§ 162, 163, II § 183. StB. S. 645—651.

Vgl. §§ 192, 194 sowie MStGO. §§ 16^3, 63^1.

Absicht 3. beleidigen 6, 15.
animus injuriandi 15.
Begriff d. Bldgg. 1.
Behörde, Bldggsfhgkt. 11b, 12.
Beleidigung, bedingt 5,
gleichzeitige, mittelbare 4,
objektive 5,
qualifizierte 9,
durch Postkarte, Telegr., Telephon 14,
unter Kollektivbezeichnung 10.
Beleidigungsfhgkt. v. Kindern 7, v. Personeneinheiten 11, 12.
Bewußtsein d. Ehrenkr. u. d. Rechtswidrigkt. 15, Feststellg. 16.
Dolus 15 ff.
Ehre 2, Bewußtsein von ders. auf seiten d. Gekränkten 7.
Ehrenkränkung 2—7,
Bewußtsein davon 16.
Idealkonk. 4, 19.
Kenntnisnahme von der Kundgebg. seitens d. Beleidigten 14, seitens Dritter 14.
Kinder, Beleidigungsfhgkt. 7.
Kollektivbezeichnung 10, 17.
Körperschaft, polit., Beleidigungsfähigkeit 11b, 12.
Kundgebg. d. Ehrenkr. 8.
Mittel d. Ehrenkr. 8.
Person, juriſt. 11a, unbekannte 10, unzurechnungsfähige 7.
Personeneinheit, kollektive 11.
Rechtswidrigkeit d. Kundgebg. 13, Bewußtsein 15.
Scherz 3, 17.
Stiftung 11.
Strafe 20.
Tätlichkeit 9.
Teilnahme 18.
Umst., straferhöh. 10.
Verjährung 21.
Verletzung d. Ehre 3.
Vollendung 14.
Vorsatz 8, 15.
Zuständigkeit 21.

Begriff der Beleidigung i. S. des § 185. N. 1.

1) § 185 handelt von der Beleidgg. im engsten S. (Abschn. 14 N. 2). Eine Begriffsbestimmung der Beleidgg. in diesem S. gibt das Gesetz nicht und zwar, nach den Motiven, deshalb nicht, weil ein Bedürfnis dazu in der Rechtsübung sich nicht fühlbar gemacht habe, auch die in einzelnen Gesetzgebungen in dieser Beziehung gemachten Versuche in Wahrheit nie zu etwas Weiterem, als zu einer Umschreibung des Wortes geführt hätten. Mag

Digitized by Google

man jene Unterlassung des Gesetzes an sich billigen oder beklagen, keinesfalls kann die „Rechtsübung" einer Definition der Beleidgg. i. S. des § 185 entbehren.

§ 185 selbst gibt irgendwelche Begriffsmerkmale der Beleidgg. nicht an, sondern hebt nur hervor, daß sie auch „mittels einer Tätlichkeit" begangen werden könne. Der Begriff der einfachen Beleidgg. ist deshalb auf Grund des Sprachgebrauchs des gewöhnlichen Lebens in Verbindung mit der rechtsgeschichtlichen Entwickelung des Deliktes festzustellen.

Wie im folgenden näher zu begründen ist, ist danach Beleidgg. i. S. des § 185 jede vorsätzliche, die Kränkung der Ehre eines anderen enthaltende, rechtswidrige Kundgebung (§ 95 N. 2); RG. III 16. März 81 E. 3 433, IV 8. Nov. 87 N. 9 572.

Ehrenkränkung. N. 2—7.

2a) Angriffsobjekt ist bei der Beleidgg. das Rechtsgut der Ehre; so die GM. Ehre ist nicht identisch mit dem inneren Werte o. der Würdigkeit des Menschen, bezeichnet vielmehr den Wert, den eine Person innerhalb der menschlichen Gesellschaft hat; so definieren den Begriff „Ehre" wesentlich übereinstimmend: v. Liszt S. 339 (die persönl. Geltung bei den Rechtsgenossen), Merkel S. 287 (die soziale Geltung einer Person o. der durch die Achtung, die sie bei anderen finde, charakterisierte Zustand) u. Kronecker GS. 38 482 (Wert einer Person innerhalb der menschlichen Gesellschaft u. für dieselbe), auch Dochow HH. 3 337 (Wertschätzung eines Menschen von seiten anderer); vgl. ferner: v. Wächter S. 384, der als Gegenstand der Verletzung die „äußere Ehre" bezeichnet, v. Bülow GS. 46 269 (Anspruch des Menschen darauf, daß andere Kundgebungen der Nichtachtung o. Geringschätzg. seiner Person unterlassen), Ortloff ThürBl. 43 7 ff., sowie, falls nicht positive Achtungsbezeugung verlangt wird (N. 8_3), sachlich nicht wesentlich verschieden Stenglein bei Rüb.-St. N. 2a u. GS. 42 83, der die Beleidgg. definiert als die Verletzung des Rechtes des Menschen auf äußere Achtung, ähnlich auch H. Meyer S. 514. Als Achtungswürdigkeit innerhalb der Gesellschaft wird die Ehre bezeichnet von Binding aO. (vgl. auch: Die Ehre u. ihre Verletzbarkeit, Leipzig 1892 S. 14 ff.), während Hälschner 2 158 N. 1, 163 unter Ehre versteht die Anerkennung des sittlichen Wertes der Person, verbunden mit dem Bewußtsein der Anerkennung dieses Wertes seitens anderer. Kohler G. 47 1 ff. unterscheidet zwischen innerer o. objektiver und subjektiver Ehre. Erstere sei der Ausdruck des Wertes, den dem Menschen die sittl. Menschenwürde verleihe, und deshalb unabhängig von Rang, Stand und Stellung des Menschen; sie beruhe darauf, daß der Mensch bestimmt und geeignet sei, mit Selbstbestimmung sittl. Grundsätze zu verfolgen (potentielle Ehre), und äußere sich darin, daß der einzelne Mensch tatsächlich mehr oder weniger dieser Bestimmung nachfolge und den Geboten der Menschenwürde entspreche. Die subjektive Ehre dagegen sei die in der Mitwelt lebende Meinung von der Würdigkeit und dem Werte der Persönlichkeit, also die Anerkennung, daß jemand die Potenz der Ehre in sich trägt und die Ehre auch aktuell betätigt, als Ehrenmann sich bewährt; für sie könnten die Unterscheidungen nach Rang, Stand und Stellung von Bedeutung sein. Die Beleidigung bezieht sich nach Kohler nur auf die subjektive Ehre, die ein Rechtsgut der Person ist; sie ist nach ihm eine Antastung der Person in bezug auf dieses Rechtsgut. Einen durchaus abweichenden Standpunkt vertritt v. Bar GS. 52 83 ff., der nicht von dem Begriff der Ehre, sondern, unmittelbar von dem Sinne des Wortes ausgehend, Beleidigung als „absichtliche Seelenschmerzerregung" definiert u. Heß Ehre S. 4, der in der Beleidgg. aus § 185 nicht eine Verletzung der Ehre, sondern des „Ehrgefühls" sieht, ein Standpunkt, der, wie Kohler aO. S. 7 mit Recht hervorhebt, „zu völlig unhaltbarer prinzipieller Auffassung führt". Nach Binding aO. ist die Ehre nur insoweit Angriffsobjekt, als der „Ehrenträger" ein Schutzbedürfnis empfinde, woraus die Geltung des Satzes volenti non fit injuria für alle Fälle der Ehrbeleidigung sich rechtfertige (T. I Abschn. 4 N. 10).

b) Träger des Rechtsguts der Ehre ist nur ein Lebender (§ 189 N. 1); „der Tote hat keine Individualität und kein Individualrecht mehr" (Kohler G. 47 148), weshalb durch die Weiterverbreitung der Nachricht eines stattgehabten „Selbstmords" bei Überzeugung des Verbreitenden von der Wahrheit der Nachricht eine Beleidgg. nicht begangen werden kann; so RG. I 5. Juli 94 E. 26 33; aM. Lucas S. 288 N. 2. Übereinstimmend mit dem RG.

Digitized by Google

Kohler aO. 13, der aber in diesem Falle (unzutreffend) § 189 für anwendbar hält, ebenso wie (richtig) in dem umgekehrten Falle, wenn jemand einen Lebenden, der aber bereits tot war, verleumden wollte.

c) Die Ehre ist entweder die allgemein menschliche oder die bürgerliche, letztere wiederum unterschieden als gemeine und als vorzügliche bürgerliche Ehre; vgl. hierüber Hälschner 2 159 ff. u. Kronecker aO. S. 486; gegen diese Unterscheidungen jedoch H. Meyer S. 515, weil Ehre nichts anderes sei, als diejenige Achtungswürdigkeit, die für den einzelnen aus der Erfüllung der gerade ihm nach seinen Verhältnissen obliegenden Verpflichtungen hervorgehe.

α) Die allgemein menschliche Ehre wohnt bis zu einem gewissen Grade einem jeden Menschen bei (ebenso Hälschner, trotzdem er Bewußtsein der Anerkennung seitens anderer fordert), namentl. auch einem Kinde oder einem Geisteskranken (Kohler G. 47 140); sie kann auch weder durch eigene Hdlgen völlig verloren gehen, noch durch Maßnahmen Dritter genommen werden.

β) Die gemeine bürgerliche Ehre könnte zwar denkbarerweise nach Lage der positiven Gesetzgebung gänzlich entzogen werden, sie kann es jedoch nicht nach dem in D. geltenden Rechte, da nach den §§ 31, 33, 34 nur einzelne bER. dauernd oder auf Zeit verloren gehen können; unzweifelhaft können daher auch Personen, die nicht im Besitze der bER. sich befinden, beleidigt werden; Kohler G. 47 141.

γ) Die sog. vorzügliche bürgerliche Ehre ist die dem einzelnen, als Repräsentanten eines Amtes i. w. S., seitens des Staates verliehene besondere Wertstellung; die Amtsehre hat für alle, welche die gleiche amtliche Stellung einnehmen, die gleiche Bedeutung, wie verschieden auch sonst ihr persönlicher Wert sein mag; Hälschner aO. S. 163.

d) Die Kränkung der Ehre eines anderen erfordert nicht notwendig einen Angriff auf den sittlichen Wert des Menschen, vielmehr kann die menschliche und bürgerliche Geltung einer Person auch in anderer Weise durch den Ausdruck der Geringschätzung gekränkt werden. So: RG. IV 4. Nov. 90, II 24. Sept. 97 (dieses btr. § 95), III 17. März 98, G. 38 343, 45 434, 46 204, v. Liszt S. 340, Merkel S. 289, Frank Abschn. 14 N. I u. § 185 N. II, Oppenh.-D. N. 1, Stenglein bei Rüd.-St. N. 2a* u. GS. 42 83, Kratz Strafrechtl. Ehrbegriff (Gießen 1891) S. 29, Heß Ehre S. 24. AM.: Rubo N. 6, v. Schwarze S. 536, v. Buri GS. 33 422 (Beleidgg. sei Absprechung des inneren Wertes), konsequent ferner Hälschner u. H. Meyer, aber auch Dochow u. Ortloff aO. (s. o. a); aM. auch Kohler G. 47 29 ff., der eine Beleidgg. nur in der Äußerung sittl. Mißachtung sieht u. sie deshalb nicht für vorliegend erachtet in allem, was den Intellekt betrifft, ebensowenig in dem Vorwurf, daß einzelne Leistungen einer Person unter dem Niveau ständen (Kritiken) oder in der Vorhaltung körperlicher Mängel oder Krankheiten; aus demselben Grunde könne der Vorwurf der Zahlungsunfähigkeit keine Beleidigung sein, noch weniger bloße Äußerungen des Hasses oder Respektwidrigkeiten und Lächerlichmachen einer Person; ebensowenig bloße Grobheiten oder Unliebenswürdigkeiten, falls sie nicht in Bezeigung sittl. Mißachtung ausarteten.

3) Die Beleidgg. (i. S. des § 185) ist Ehrverletzung, kein bloßes Gefährdungsdelikt. So die GM., während Kohler G. 47 10 die Beleidgg. nicht einmal für ein Gefährdungsdelikt, sondern für ein bloßes Formalvergehen erklärt, das nur unter Umständen eine wirkliche Ehrverletzung als materielle Folge haben könne. Erforderlich ist positive Kundgebung der Mißachtung (in Steigerung: der Nichtachtung bzw. Verachtung), bloße Nichtanerkennung genügt nicht; ausreichend erachtet diese jedoch Kronecker GS. 38 487 bei der sog. vorzüglichen bürgerl. Ehre.

Wann eine Ehrenkränkung vorliege, ist wesentlich Sache der konkreten tatsächlichen Feststellung, was jedoch deren Anfechtung in dem Falle nicht ausschließt, wenn die Begründung einen Rechtsirrtum, insbs. eine Verkennung des Rechtsbegriffes der Beleidgg., aufweist; RG. III 16. März 81 E. 3 433, IV 8. Nov. 87 R. 9 572. Es gibt — wie allgemein anerkannt sein wird — einerseits keine Hdlg., die unter allen Umständen eine Ehrenkränkung enthält (Berlin 12. Feb. 79 O. 20 84), andererseits können Hdlgen, durch

Digitized by Google

die man regelmäßig jemandem eine Ehre anzutun pflegt, unter besonderen Umständen als Ehrenkränkung sich darstellen (RG. I 22. Apr. 80 E. 1 390). Für die Entscheidung, was Ehrenkränkung sei, kann deshalb ein objektiver Maßstab nicht zugrunde gelegt werden, vielmehr muß namentl. die Anschauungsweise der btr. Kreise und die Gewöhnung der Beteiligten berücksichtigt werden; so: H. Meyer S. 522, Kronecker GS. 38 486, Kohler G. 47 35 u. John ZStrW. 1 295, der deshalb nicht mit Unrecht gegen den auch in der Rechtsprechung des RG. wiederkehrenden Ausdruck „objektiv beleidigende Äußerung" polemisiert, wennschon „das Delikt der Beleidgg., wie jedes andere, einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand hat" (v. Buri GS. 33 422 f.; vgl. auch RG. IV 5. Apr. 92 E. 23 40); so gewiß manche auf einen anderen bezügliche Kundgebungen absolut ungeeignet sind, den objektiven Tatbestand einer Beleidgg. darzustellen, weil sie keinerlei Bezug auf dessen Ehre haben, so braucht doch andererseits eine – beim Vorliegen des subjektiven Momentes (N. 15) — eine Beleidgg. enthaltende Kundgebung keineswegs eine solche zu sein, daß lediglich aus ihrem Äußeren (ihrem Wortlaute, der Geste 2c.) „objektiv" eine Ehrenkränkung ersichtlich sei; München OberstesLG. 9. Jan. 04 E. 4 195.

Hiernach enthalten selbst Worte wie „Lügner", „Verleumder", „Schuft" nicht unbedingt eine Beleidgg., da sie unter Umständen gebraucht sein können, die einen auf Ehrenkränkung gerichteten Vorsatz unbedingt ausschließen, wie z. B. wenn sie im Scherz gemeint waren oder auf der Bühne gesprochen wurden; so die GM., insbs.: Stuttgart 1. Juli 74, Wolfenbüttel 12. Jan. 77, St. 4 30, 7 81; vgl. § 193 N. 11.

Im übrigen wurde in der Praxis eine Ehrenkränkung angenommen:

bei Vergleichung einer geistigen Leistung (einer Rede Bismarcks) mit einer solchen eines an sich ehrbaren Gewerbes (eines Schornsteinfegers); RG. II 1. Nov. 79 N. 1 28; beim Absprechen solcher körperlichen Eigenschaften, die für die äußere Stellung, insbs. den Beruf eines gewissen Menschen, nach der allg. Meinung erforderlich sind; RG. IV 4. Nov. 90 G. 38 434; bei Besprechung eines unverschuldeten körperlichen Leidens; München OLG 21. Juli 94 E. 8 118;

bei Vergleichung eines Richters hinsichtlich seiner Rechtskenntnisse mit einem Rechtskandidaten; München 5. März 75 St. 5 55;

bei der Zumutung, widernatürliche Unzucht vorzunehmen, weil darin der Ausspruch liege, der Charakter der Person gebe keine Bürgschaft dafür, daß sie nicht einer solchen Schlechtigkeit sich schuldig machen werde; RG. I 26. Feb. 83 N. 5 143;

bei einem Angriff auf die Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns, bei der Mahnung eines Schuldners mittels Postkarte, bei der öffentlichen Kennzeichnung eines Kaufmanns als eines solchen, der seinen Zahlungsverbindlichkeiten sich entziehe; Dresden 9. Juni 73, 4. Feb. 76, St. 3 101, 6 265, Berlin 3. Dez. 75 O. 16 772.

4) Eine Ehrenkränkung kann unter Umständen in der Weise gleichzeitig (Berner S. 479) begangen werden, daß sie gegen eine Person ausgesprochen, dennoch zugleich die Ehre eines anderen kränkt, so z. B. wird durch die Beschimpfung einer Person als „Hurenkind" zugleich deren Mutter beleidigt; München 10. Aug. 72 St. 1 372, Hälschner 2 166, H. Meyer S. 519, v. Wächter S. 395, Stenglein, v. Schwarze GS. 24 329, 25 175, Kohler G. 47 43. Es liegt hier eine Idealkonk. (§ 73) mehrerer Beleidiggen vor, während es eine mittelbare Beleidgg. (mit welchem Ausdrucke häufiger unrichtiger auch die „gleichzeitige" bezeichnet wird), die eine Einheit der Ehre verschiedener in näherer Beziehung stehender Personen — z. B. der Ehegatten o. der eine Familie bildenden Personen — voraussetzt, nach dem StGB. nicht gibt; so Berner, Hälschner aO und Geyer 2 37. Die Behauptung, eine Tochter habe außerehelich geboren, enthält deshalb nicht ohne weiteres eine Beleidgg. der Eltern; RG. III 4. Nov. 01 G. 48 441; vgl. auch § 186 N. 5.

5) Eine Ehrenkränkung kann auch erfolgen mit Rücksicht auf eine bevorstehende Hdlg., namentl. wenn deren Vornahme als sicher oder wenigstens wahrscheinlich vorauszusehen ist (RG. III 15. Nov. 79, IV 22. Juni 86, R. 1 76, 8 479), oder auch bedingterweise, insofern die Äußerung einen bei dem Verletzten vorausgesetzten Fall betrifft (Berlin 21. Okt. 74 St. 4 323).

Digitized by Google

6) Wo eine Ehrenkränkung nach Maßgabe der N. 3—5 nicht festgestellt werden kann, weil die Kundgebung zur Kränkung der Ehre eines anderen an und für sich ungeeignet ist, reicht selbst das Vorliegen der Absicht, zu beleidigen, zur Erfüllung des Tatbestandes nicht aus; so die GM., insbs. Stuttgart 3. Feb. 75 St. 4 327.

7) Eine Ehrenkränkung setzt nicht das Bewußtsein der Ehre auf seiten des Gekränkten voraus; es können deshalb auch Kinder und andere unzurechnungsfähige Personen beleidigt werden; so die GM., insbs. RG. II 2. Mai 84, I 3. Okt. 95, II 19. Feb. 97, E. 10 372, 27 366, 29 398 (vgl. auch Kohler G. 47 140, 26); aM. John HRl. „Beleidgg." S. 263 u. Heß Ehre S. 29, 32, während v. Liszt S. 340 u. Frank Abschn. 14 N. II 1 bezüglich der Kinder eine Mittelmeinung vertreten.

Folgeweise ist es auch gleichgültig, wenn der Betroffene offen eine völlige Gleichgültigkeit gegen die Beleidgg. kundgibt; RG. IV 8. Nov. 87 R. 9 572.

Kundgebung der Ehrenkränkung. N. 8—14.

8) Die eine Ehrenkränkung enthaltende Kundgebung kann jedweder Art sein, z. B. eine wörtliche, schriftliche, tätliche (N. 9) oder eine symbolische, wie durch Veranstaltung einer Illumination beim Wegzug eines Feindes (Dresden OLG. 29. Aug. 01 SächsA. 23 26) oder durch Ausstellung eines Bildwerkes beleidigenden Charakters (Berlin 23. Jan. 72 O. 13 3). Die wörtliche, schriftliche oder symbolische Beleidigung muß einen bestimmten Gedankeninhalt kundgeben mit der Bedeutung, daß er für andere als maßgebend u. bestimmend erklärt wird; Kohler G. 47 18. Die Erklärung muß deshalb ernstlich gemeint sein, so daß Scheinerklärungen oder simulierte Erklärungen (Scherz, Erklärung auf der Bühne ꝛc.) — abgesehen von unbeachtlichen Mentalreservationen — nicht hierunter fallen; sie muß für andere bestimmt sein, so daß leise hingesprochene, für andere nicht berechnete Äußerungen (Berlin 31. Jan. 73 O. 14 106, München 12. Apr. 78 St. 8 137), mündliche u. schriftliche Monologe, denen Kohler aO. S. 19 Äußerungen im Familienkreise gleichstellt, nicht hierher gehören, und sie muß endlich den Gedankeninhalt verständlich zum Ausdruck bringen. Daß in letzterer Beziehung Anspielungen oder Parallelen, sobald der Verfasser nicht ausspreche, daß eine Person der Gegenwart nach dem Modell der geschilderten Figur gestaltet sei, niemals als Beleidigung anzusehen seien, wie Kohler G. 47 18 annimmt, wird nicht anzuerkennen sein. Ist die Beziehung der Anspielung oder Parallele auf eine bestimmte Person erkennbar u. hat der Verfasser dies gewußt u. gewollt, so steht der Annahme einer Beleidigung nichts entgegen.

Speziell die wörtliche Kundgebung kann einen direkten Ausdruck der Mißachtung enthalten, oder sie kann indirekt solche Bedeutung erlangen durch Vorbringung von Tatsachen oder Bezugnahme auf solche, durch die eine Mißachtung hervorgerufen wird (§§ 190 N. 4, 192 N. 1); dabei wird der Tatbestand einer Beleidgg. dadurch nicht unbedingt ausgeschlossen, daß der Inhalt der Kundgebung als zweifelhaft hingestellt wird, indem die Form einer mit Bestimmtheit auftretenden Behauptung begrifflich nicht erfordert wird; RG. II 1. Mai 00 G. 47 293 (§ 186 N. 2 b α).

Die Beleidgg. ist Verletzung eines Verbotes, nicht eines Gebotes, etwa auf Achtungsbezeugung; Binding Ehre S. 22, v. Bülow GS. 46 270. Nach den allgemeinen Regeln kann die verpönte Kundgebung auch durch eine Unterlassung (§ 1 N. 3 a) erfolgen; v. Liszt S. 355, Schütze S. 354, v. Schwarze N. 1, Sturm Unterlassungsdel. S. 370, 396; weiter geht Schwalbach GS. 31 544 (die Beleidgg. sei auch als echtes Unterlassungsdel. möglich).

Inwieweit in dem Weitergeben eines eine Beleidgg. enthaltenden Schriftstückes bzw. einer Druckschrift (Zeitung) selbst wiederum eine Beleidgg. enthalten sei, ist Frage des einzelnen Falles; ohne weiteres ist in dem Weitergeben eine Kundgebung der Ehrenkränkung, d. h. eine Wiedergabe des Inhaltes aus der eigenen Meinung des Übergebenden, nicht zu finden.

9) „Mittels einer Tätlichkeit" wird die Beleidgg. begangen, wenn sie durch eine Tätlichkeit (§ 94 N. 2$_2$) kundgegeben wird; Hälschner 2 188, v. Wächter S. 394. „Tätlich" ist an sich auch hier wie im § 113 (das. N. 25) zu verstehen; allein während dort nur die

Digitized by Google

Richtung des Angriffs als eine tätliche bezeichnet wird, muß hier die Beleidgg. selbst eine tätliche sein; RG. IV 23. Jan. 00 G. 47 157. Eine fehlgehende Ohrfeige ist zwar zweifellos eine Beleidgg., aber keine „tätliche"; aM. v. Liszt S. 345 N. 2.

Wegen des Unterschiedes von einer „körperlichen Mißhandlung" vgl. § 223 N. 17e.

Übrigens ist die Begehung einer Beleidgg. „mittels einer Tätlichkeit" ein *straferhöhender Umstand* i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295.

10 a) Eine *ausdrückliche* Benennung desjenigen, gegen den die ehrenkränkende Kundgebung sich richtet, ist nicht erforderlich, vielmehr genügt eine, wenn auch zunächst nur für den Beleidigten selbst, verständliche Hinweisung; Berlin OAG. 22. Nov. 73 St. 3 188. Unter dieser Voraussetzung kann auch eine „unbekannte Person", z. B. der unbekannte Verfasser eines Preßartikels, beleidigt werden; Dresden 9. Okt. 74, Berlin 27. Mai 75, St. 5 53, 259.

b) Eine Mehrheit einzelner Personen kann unter einer *Kollektivbezeichnung* (durch einen Gesamtnamen, durch Angabe gemeinsamer Kennzeichen 2c.) beleidigt werden, falls der Beleidiger jene Bezeichnung im Bewußtsein ihrer Beziehbarkeit auf *sämtliche* unter den Begriff fallende Personen wählt u. falls in der Tat bestimmte Personen erkennbar werden; so die GM., insbs.: RG. II 7. Jan. 81, 3. Nov. 82, 3. Juli 83, IV 26. Okt. 88, 25. Jan. 00, E. 3 246, 7 169, 9 1, 18 167, G. 48 121. Freilich ist es Tatfrage, ob in einer Kundgebung gegenüber einer kollektiven Personenmehrheit eine Beleidgg. der einzelnen Mitglieder zu finden ist; RG. III 31. Jan., I 25. Okt. 80, E. 1 178, 3 12. Daß die beleidigte Einzelperson individuell bestimmt aus dem Wortlaut direkt erhelle, ist nicht erforderlich, wird sogar niemals der Fall sein, dagegen ist notwendig, daß sie im Wege der Schlußfolgerung derartig sich ermitteln läßt, daß über ihre Zugehörigkeit zu den Betroffenen kein Zweifel obwaltet; zit. RG. E. 7 169. Die Praxis des RG. hat solches beispielsweise *angenommen* bei Kundgebungen gegenüber:

dem Offizierkorps eines Garnisonortes; zit. E. 3 246;

„der konservativen Mehrheit" einer Versammlung von Wahlmännern zur Wahl des Abgeordneten für einen bestimmten Wahlkreis; III 3. Juli 83 E. 9 1;

den in verschiedenen Pr. Provinzen mit Preußen polnischer Herkunft im Gemenge wohnenden Deutschen; IV 14. Juni 98 E. 31 185;

den „Großgrundbesitzern", insbs. der Provinz Ostpreußen; II 2. Jan. 00 E. 33 46 (btr. § 186);

allen Geistlichen christl. Religion; zit. G. 48 121;

dagegen *verneint* bei einer „gegen die Juden" gerichteten Kundgebung, ohne bestimmte Richtung gegen einzelne Individuen dieser Gesamtheit; I 6. Okt. 81 R. 3 606.

Zu Unrecht ist aber von RG. I 29. Jan. 80 R. 1 292 bei einer gegen den Pr. Richterstand sich richtenden Kundgebung, bei welcher nur ein — nicht erkennbar gemachter — Teil der Gesamtheit angegriffen wurde, die Beziehung der Beleidgg. auf alle Mitglieder desselben angenommen; dagegen Geyer 2 36 u. Frank Abschn. 4 N. III, ferner Hälschner 2 167, welcher auch hervorhebt, daß, wenn der Täter seiner Äußerung nur eine durchschnittliche Geltung beilege, die Absicht, die Äußerung auf alle einzelnen zu beziehen, ausgeschlossen sei; ähnlich H. Meyer S. 519, der Beleidgg. für ausgeschlossen ansieht, wenn nach der Größe der Gesamtheit und den vorliegenden Umständen Ausnahmen von der btr. Behauptung als selbstverständlich erscheinen, ohne daß ersichtlich der Betreffende selbst gemeint war. Es nimmt aber das zit. RG. E. 7 169 an, daß Beleidgg. nur dann ausgeschlossen sei, wenn der Kundgebende den Betreffenden habe ausnehmen wollen und zugleich die Überzeugung gehabt habe, der Zuhörer 2c. würde die Kundgebung auf diesen nicht beziehen (vgl. N. 17_3). Kohler G. 47 144 meint, daß, abgesehen von juristi. Personen (N. 11a), eine sonstige Vielheit von Personen nicht beleidigt werden könne, weil sie nicht Trägerin von Ehrenrechten sei, daß aber auch die in der Gesamtheit befindlichen einzelnen nicht als die Verletzten zu betrachten seien; werde einfach eine Vielheit genannt, so würde dies als Beleidgg. der einzelnen nur dann angenommen werden können, wenn die Äußerung dahin ginge, daß die der Kategorie angehörigen Personen *ohne jede Ausnahme* solcher sittlichen Würdigung unterlägen; so könne aber solche Äußerung vernünftigerweise nicht ge-

Digitized by Google

meint sein, vielmehr könne sie nur als Äußerung des Gesamteindrucks betrachtet werden, den der Personenkreis hinterlasse, das aber sei keine Beleidigung der einzelnen.

11a) Was aber die hiervon (N. 10b) verschiedene Frage der Beleidigungsfähigkeit einer kollektiven Personeneinheit betrifft, so ist zunächst mit der GM. davon auszugehen, einerseits, daß eine juristische Person, deren Substrat lediglich Vermögensgegenstände bilden, also eine Stiftung, keinesfalls beleidigt werden kann, weil die Ehre eine Eigenschaft des Menschen ist (N. 2), andererseits, daß die Eigenschaft als juristische Person nicht das Entscheidende sein könne, die Beleidggsfhgkt. von Personenvereinigungen vielmehr von der Existenz o. Nichtexistenz der juristischen Persönlichkeit unabhängig sei; Hälschner 2 168, Bolze G. 26 2, Stenglein GS. 42 84 ff.

b) Auch im weiteren darf die GM. für richtig erachtet werden, daß die Beleidggsfhgkt. von Personeneinheiten zwar an sich in weitem Umfange denkbar sei — „soweit das Bewußtsein gemeinsamer Ehre vorhanden ist und im Leben anerkannt wird" (Bolze G. 26 3) —, daß aber positiv im RStGB. nach der Entwickelung seiner Bestimmungen aus denjenigen des PrStGB. und nach der Entstehungsgeschichte des letzteren (abgesehen von der Kreditgefährdung des § 187) nur die Beleidggsfhgkt. einzelner Kategorien kollektiver Personeneinheiten, und zwar der Behörden (§ 196) und der politischen Körperschaften (§ 197), anerkannt ist. So im wesentlichen: RG. II 12. Apr. 81 E. 4 75, IV 15. März 87 G. 35 64, Berner S. 479, Geyer 2 36, Hälschner 2 170 f., Dochow HH. 3 339, 355, v. Liszt S. 341, H. Meyer S. 517, Oppenh.-D. N. 7, Bolze G. 26 1. AM. einerseits: John HM. „Bldgg." S. 265, Schütze S. 355, v. Wächter S. 388, Frank Abschn. 14 N. II 4, Rüd.-St. N. 13, v. Schwarze S. 541 u. §§ 186 N. 4, 187 N. 7, Zimmermann G. 25 103, Stenglein GS. 42 84 ff., welche die Beleidggsfähigkeit kollektiver Personeneinheiten im weiteren Umfange annehmen, auch Merkel S. 290, der jedoch zweifelhaft ist, in welchem Umfange solchen Personeneinheiten (vom § 196 abgesehen) ein Antragsrecht zustehe, andererseits: Rubo N. 4 u. §§ 186 N. 7, 187 N. 10, Bruhn GS. 27 481, die solche ganz verneinen; aM. auch Kohler G. 47 141, der juriſt. Personen jeder Art (Vereine u. Stiftungen) für beleidigungsfähig hält, Vereinen ohne Persönlichkeitsrechte aber die Beleidggsfähigkt. abspricht; vgl. auch Lucas S. 288.

c) In der Praxis des RG. vertreten die obige Ansicht:

einerseits negativ: III 31. Jan. 80, II 7. Jan. 81, E. 1 178, 3 246, durch die Verneinung der Beleidggsfähigkeit einer Handelsgesellschaft bzw. eines Offizierkorps;

andererseits positiv: II 12. Apr. 81 E. 4 75, III 8. Feb. 82 N. 4 135 (btr. Bldgg. einer Behörde), III 30. Nov., 14. Dez. 82, I 2. Jan. 83, E. 7 285, 382, 404, III 20. Feb. 88 N. 10 168 (btr. Bldgg. des Bundesrats bzw. eines Gerichts insbs. des Ehrengerichts einer Anwaltskammer), durch die Bejahung der Beleidggsfähigkeit einer Behörde.

12) Ist hiernach auch durch das StGB. selbst die Beleidggsfhgkt. der Behörden und politischen Körperschaften anerkannt, während durch die StPO. § 414, die Frage, ob „Korporationen, Gesellschaften und andere Personenvereine" beleidigungsfähig seien, in keiner Weise hat entschieden werden sollen (Löwe-H. StPO. § 414 N. 6; vgl. übrigens u. § 187 N. 6), so ist doch nicht außer acht zu lassen, daß die Behörden nur in den sie bildenden Beamten, die politischen Körperschaften nur in den sie bildenden Personen bestehen, so daß man unmöglich davon absehen kann, daß auch bei der Beleidgg. von Behörden 2c. stets Personen das unmittelbare Angriffsobjekt darstellen müssen; die Beleidgg. einer Behörde 2c. unter gänzlicher Abstraktion von den sie bildenden Personen ist nicht denkbar. So: Dresden OLG. 10. März 90 G. 39 167, Hälschner 2 172, insbs. aber Berlin 21. Apr., 15. Dez. 74, O. 15 246, 866, von denen jenes den Tatbestand der Beleidgg. eines „Richterkollegiums" mit Recht deshalb verneinte, weil die Kundgebung keine Geringschätzung den Personen der Richter gegenüber enthielt; vgl. hiergegen jedoch Stenglein GS. 42 92 f. Wenn trotzdem die Beleidgg. der Behörde und der ihr angehörenden Beamten bzw. der polit. Körperschaften und ihrer Mitglieder unterschieden werden muß, so liegt der Unterschied darin, daß die Behörde bzw. polit. Körperschaft in diesen ihren Funktionen angegriffen sein muß, also hinsichtlich einer Tätigkeit als Behörde bzw. polit. Körperschaft; RG. III 8. Feb. 82

Digitized by Google

N. 4 135 (der Angriff müsse sich richten gegen die amtl. Tätigkeit der Behörde, mit Rücksicht auf welche ihr die rechtl. Persönlichkeit beigelegt werde), Hälschner aO.

13) Die Kundgebung der Ehrenkränkung muß, wie übereinstimmend angenommen wird, allg. Grundsatze gemäß (T. I Abschn. 4 N. 1), eine **rechtswidrige** sein. Fehlt die Rechtswidrigkeit, gleichgültig aus welchem Grunde, so liegt eine Beleidgg., jedenfalls ein Beleidiggsverg., nicht vor; Kohler G. 47 44. Kraft positiver Bestimmung ist die Rechtswidrigkeit in den im § 193 aufgeführten Fällen als ausgeschlossen zu erachten, wenn nicht das Vorhandensein einer Beleidgg. aus bestimmten Merkmalen erhellt (§ 193 N. 1); Stuttgart 1. Juli 74, 17. Nov. 75, St. 4 30, 6 264, Hälschner 2 180, John HRl. „Bldgg." u. StrR. 1 282, Dochow HH. 3 345, v. Liszt S. 343, H. Meyer S. 525, Rüd.-St. N. 6 u. § 193 N. 2, Kohler aO.

Über den **Ausschluß** der Rechtswidrigkeit durch **Einwilligung** vgl T. I Abschn. 4 N. 10, insbs. die das. zitt. RG. E. 29 398, G. 51 44 sowie: RG. III 25. Feb 97 G. 45 47 (die außerehel. Beischlafsvollziehung mit einer Zustimmenden enthalte keine Beleidgg. — wobei freilich das nötige Verständnis der Frauensperson die Voraussetzung bildet, das aber auch bei jugendl. Personen im Alter von 14—16 J. grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist), Binding Hb. 1 725, Hälschner 1 472, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 73, Heß Ehre S. 27, 52 u. Abhandlungen S. 43 ff., Hartmann Grünhuts Z. 27 761, während v. Liszt aO. den Ausschluß der Rechtswidrigkt. durch Einwilligung leugnet, aber annimmt, daß meist der Vorsatz fehle; nicht klar H. Meyer S. 524.

14) **Vollendet** ist die Beleidgg., sobald der Ausdruck der Mißachtung zur Kenntnis irgendeines anderen, sei es des Beleidigten selbst oder eines Dritten, gelangt ist und vor ihm in seinem die Nichtachtung enthaltenden Sinne verstanden wird (RG. III 22. Apr. 01 G. 48 298, Merkel S. 292); gleichgültig ist es, ob die Kenntnisnahme seitens des geschah, für den die Kundgebung bestimmt war; RG. II 13. Nov 94 E. 26 202. War die Kundgebung an einen bestimmten Adressaten gerichtet, so ist die Beleidgg. also auch vollendet, wenn auf irgendeine Weise ein Dritter von ihr Kenntnis erlangt; war sie an das Publikum gerichtet, so ist sie vollendet, falls irgend jemand aus dem Publikum Kenntnis nimmt. Die Vollendung einer Beleidgg. kann daher herbeigeführt werden durch die Kenntnisnahme eines Briefträgers von dem Inhalt einer offenen Postkarte, seitens eines Telegraphenbeamten von dem Inhalt einer aufgegebenen Depesche oder eines telephonischen Gesprächs, seitens eines Setzers von dem Inhalt eines Manuskripts; so: Berlin 8. Mai 74 O. 15 298, Hälschner 2 187, v. Liszt S. 342, Oppenh.-D. N. 25, v. Schwarze N. 9, Dambach Telegraphenstrafr. S. 97; wesentlich aM. Kohler G. 47 21 ff., der zwischen Vollendung der Beleidigungstätigkeit — Moment, in dem die Erklärung ohne Gegenerklärung bei dem Adressaten angelangt ist — und Vollendung der **Beleidigung** — Moment, in dem der **Adressat** die Erklärung verstanden hat — unterscheidet. Kohler hält deshalb eine Verhinderung der Vollendung durch Absendung einer gleichzeitig oder vorher ankommenden Gegenerklärung für möglich, sieht die Beleidgg. bei der an einen bestimmten Adressaten gerichteten Erklärung nicht als vollendet an, wenn die Erklärung nicht zur Kenntnis des Adressaten, sondern eines Dritten kommt, oder von dem Adressaten nicht verstanden wird und spricht schließlich der Kenntnisnahme einer Beleidgg. durch den sie überbringenden Boten oder einer telegraphischen Beleidigg. durch den sie aufnehmenden Beamten jede Bedeutung ab. Die Folgerungen Kohlers beruhen auf einer zu weitgehenden Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze über Wirksamkeit von Erklärungen und Notwendigkeit ihrer Annahme auf das Strafrecht, und sind deshalb als zutreffend nicht zu erachten. Schütze S. 362 N. 1 hält Kenntnisnahme durch einen Dritten gleichfalls für bedeutungslos, falls der Dritte, wie der Telegraphen- u. Postbeamte, lediglich als Maschine fungiere. Bei einer an das Publikum gerichteten Erklärung hält Kohler die Beleidgg. für vollendet, wenn die Erklärung auf normalem Wege unter das Publikum gelangt ist.

Daß der Beleidigte überhaupt von der Kundgebung Kenntnis erhält, ist nicht erforderlich; es kann deshalb im Fall des § 196 ohne eine solche Kenntnisnahme Bestrafung wegen Beleidigg. erfolgen; Berlin 18. Sept. 74 O. 15 575.

Digitized by Google

Speziell noch die offenen Postkarten betreffend, so läßt aber keineswegs die Präsumtion sich aufstellen, daß wegen ihrer Zugänglichkeit auch tatsächlich von einem Dritten Kenntnis genommen worden sei; deshalb wird eine Beleidgg. noch nicht durch die Aufgabe einer Postkarte zur Post vollendet. So: Hälschner 2 188, Dochow HH. 3 347, v. Liszt S. 342, H. Meyer S. 526, Schütze S. 239 N. 26, Rüd.-St. N. 9, Freudenstein Ehrenkr. S. 18 N. 5. AM. Berlin 31. Okt. 78 O. 19 502.

Wegen Vollendung einer Beleidgg., begangen „durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen", welche Begehungsart keineswegs einen straferhöh. Umst. der Beleidgg. aus § 185 bildet (Stuttgart 26. Feb. 72, Dresden 12. Feb. 75, St. 3 8, 5 327), vgl. § 186 N. 6b.

Dolus. N. 15—17.

15) Da die Beleidgg. zweifellos ein vorsätzliches Verg. ist (T. I Abschn. 4 N. 4), so muß der Täter alle Deliktsmerkmale „wissen und wollen"; eine fahrl. Beleidgg., obschon begrifflich denkbar, ist aus § 185 keinesfalls strafbar; der Täter muß also namentl. mit dem Bewußtsein der Ehrenkränkung und ihrer Rechtswidrigkeit gehandelt haben. Man kann dieses Bewußtsein mit dem Ausdruck „animus injuriandi" bezeichnen, keinesfalls aber ist noch eine von jenem Bewußtsein verschiedene „Absicht, zu beleidigen", erforderlich. Die Vorsätzlichkeit der ehrenkränkenden Kundgebung, verbunden mit dem Bewußtsein, daß sie rechtswidrig und geeignet sei, die Ehre des anderen zu verletzen, genügt zur Erfüllung des Tatbestandes. So die GM., insbs. RG. II 5. Dez. 79, 16. Dez. 81, R. 1 115, E. 5 239, Berlin OAG. 4. Mai 72, 25. Jan. 73, O. 13 296, St. 2 167, München 15. Juni, 1. Juli, 17. Aug. 72, St. 1 346, BayerE. 2 189, 216, Jena 76 St. 7 76; speziell bezüglich des Bewußtseins der Ehrenkränkung Stuttgart 17. Nov. 75 St. 6 264, bezüglich des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit Berlin 31. Jan., 26. Juni 73, O. 14 106, 470 bzw. Berlin OAG. 13. Feb. 72 St. 1 277, welches das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit durch die, wenn auch irrige, Voraussetzung, daß der Täter als Jagdschutzbeamter zu der Handlungsweise befugt gewesen, für ausgeschlossen erachtete; übereinstimmend Kohler G. 47 12, aber ohne zureichenden Grund Eventualdolus ausschließend; vgl. dagegen RG. IV 12. Okt. 97 E. 30 270. AM. Hälschner 2 175, 177 N. 1, der die Absicht, zu beleidigen, fordert, und namentl. John ZStrW. 1 298, der Täter müsse die Hdlg. als eine Beleidggshdlg. gewollt haben.

16) Einer Feststellung des Bewußtseins des ehrenkränkenden Charakters der Kundgebung bedarf es nach allg. prozessualen Grundsatze nur im Falle des Bestreitens.

Ein gleiches gilt von der Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit; ein Bestreiten desselben liegt aber nicht vor, wenn die nach N. 15 zum Tatbestande nicht erforderliche „Absicht, zu beleidigen", in Abrede gestellt wird; Berlin 23. Sept. 74 O. 15 583. Ev. ist die Feststellung der „Absicht, jemandem etwas Unangenehmes zu sagen", nicht ausreichend; Berlin 19. Nov. 75 O. 16 739.

17) Bei vorhandenem Bewußtsein des ehrenkränkenden Charakters der Kundgebung und ihrer Rechtswidrigkeit liegt der erforderliche Dolus vor, so daß der Tatbestand der Beleidgg. angenommen werden muß. Auch der Umstand, daß eine Hdlg. im Scherze geschehen, schließt nicht notwendig die Annahme einer Beleidgg. aus; es ist namentl. immer zu prüfen, ob der Täter darauf rechnen konnte, daß der andere den Vorgang als Scherz auffassen werde und ob nicht unter der Form des Scherzes eine wirkliche die Ehre des anderen verletzende Erklärung abgegeben sei; RG. III 13. Apr. 85 E. 12 140, Kohler G. 47 19.

Bei einer die Beleidgg. einer Einzelperson enthaltenden Kollektiväußerung (N. 10) kann es in subj. Beziehung nicht darauf ankommen, ob der Täter bei der Kundgebung speziell an jene Einzelperson gedacht bzw. das Bewußtsein gehabt habe, daß dritte Personen in dem Vorwurfe speziell eine Beziehung auf jene finden könnten; wenn aber RG. II 3. Nov. 82 E. 7 169 eine Beleidgg. nur dann für ausgeschlossen erachtet, falls jene Einzelperson von dem allgemeinen Vorwurfe, der an und für sich auch auf sie sich bezieht, habe ausgenommen werden sollen und die Überzeugung obwaltete, daß der Vorwurf auf sie nicht bezogen werden könne, so dürfte dies nach dem N. 10 letzt. Abs. Bemerkten zu weit gehen.

Digitized by Google

Teilnahme; Idealkonkurrenz; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 18—21.

18) Teilnahme (T. I Abschn. 3) an einer Beleidgg. ist denkbar, insbs. auch Mittäterschaft (§ 47), z. B. durch gemeinschaftliche Veröffentlichung eines beleidigenden Schriftstücks; Dresden 27. März 74 St. 4 106, Berner S. 484, Rüd.-St. § 188 N. 6, v. Schwarze N. 0_2 u. 10, v. Wächter Buße S. 67.

19) Idealkonkurrenz (§ 73) — und zwar gleichartige — liegt vor bei mehrfachen Beleidggen einer Person oder bei Beleidgg. mehrerer Personen durch eine aus einem Akte bestehende Hdlg.; s. o. N. 4 sowie § 73 N. 191a, IIbc. Auch kann Idealkonk. stattfinden zwischen tätlicher Beleidgg. und tätlichem Angriff (§ 113); aM.: Binding Hb. I 365, die Beleidgg. werde durch den Tatbestand des tätlichen Angriffs konsumiert, v. Streit Widersetzung S. 50; ferner unter besonderen Umständen mit Ehebruch (§ 172); Dresden (OLG.) 15. Mai 02 G. 49 324, Kohler G. 47 44. Im übrigen ist zu vergleichen wegen Idealkonk. bzw. Gesetzeskonk.:

der einfachen Beleidgg. mit: Majestätsbeleidgg. bzw. Beleidgg. der Bundesfürsten §§ 95 N. 8b, 99 N. 1, wissentl. falscher Anschuldgg. (§ 164) § 73 N. 191IIcα, Erschleichung des außerehel. Beischlafs (§ 179) § 73 N. 12_4b;

der qualifizierten (tätlichen) Beleidgg. (N. 9) mit: Unzuchtsverbr. (§§ 175, 176^1, 177) § 73 N. 191b, Körperverletzg. § 223 N. 17e;

mit dem Verg. aus GewerbeO. § 153, insoweit er von „Ehrverletzungen" spricht, RG. III 2. Okt. 84 E. 11 128.

Wg. Konsumtion der Beleidgg. aus § 185 durch eine solche aus § 186 o. § 187 vgl. § 186 N. 1_2, sowie wg. der Unzulässigkeit einer Anwendung des § 185 bei Behauptung rc. ehrenrühriger Tats. § 186 N. 2 letzt. Abs.

20) Die Strafe der einfachen Beleidgg. ist: wahlweise Geldstrafe von 3—600 M. (§ 28), Haft von 1 T.—6 W. (§ 18, insbs. N. 1) o. Gefängnis v. 1 T.—1 J. (§ 16), der qualifizierten Beleidgg.: wahlweise Geldstr. v. 3—1500 M. o. Gef. v. 1 T.—2 J. Die Geldstr. kann, als „an erster Stelle" bzw. bei der einf. Beleidgg. als „wahlweise neben Haft" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b, c) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden. Vgl. auch § 200.

Wegen Aufrechnung der Strafe vgl. §§ 199, 233.

Strafloſigkeit besteht nicht für Beleidggen unter Ehegatten; Berlin 31. Okt. 78 O. 19 502.

21) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 sowohl beim einf. wie beim qualifiz. Verg. in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 jedoch in sechs Monaten; so auch RG. II 28. Feb. 99 E. 32 69.

Zuständig ist SchöffenG. o. Strafk. bzw. SchöffenG.; s. o. Abschn. 14 N. 3_3.

§. 186.

Wer in Beziehung auf einen Anderen eine Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist, wegen Beleidigung mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Haft oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 156. Entw. I § 166 Abs. 1, 2, 5, II § 184 Abs. 1, 2. StB. S. 645—652.
Vgl. §§ 188 Abs. 1, 194.

Zu §§ 186, 187. N. 1—6.

1) Das Verg. der Beleidgg. aus § 186, die sog. üble o. ehrenrührige Nachrede, bildet zwar in gewissem Sinne zusammen mit der Beleidgg. aus § 185 einen Gegensatz zu der

Digitized by Google

„verleumderischen Beleidigung" aus § 187 (vgl. Abschn. 14 N. 2); dennoch ist andererseits, von der in den § 187 hineingezogenen Kreditgefährdung abgesehen, der Tatbestand der beiden — noch im § 184 des Entw. II im Anschluß an § 156 des PrStGB. inhaltlich zusammengefaßten — §§ 186, 187 wesentlich ein gleicher (s. u. N. 2—5 bzw. 6 sowie § 187 N. 1).

Auch die Beleidggen aus §§ 186, 187 sind Verletzungs- und nicht bloße Gefährdungsdelikte (§ 185 N. 3); so: Binding Lb. 1 136, H. Meyer S. 515, ferner: Geyer 2 37, Kronecker GS. 38 488 (jener speziell btr. § 187, dieser btr. § 186), Gabler Üble Nachr. S. 32 ff.; aM.: v. Liszt S. 346, Finger KrVJSchr. 43 444, der Sache nach auch Merkel S. 287, 290 (die Hdlg. sei in den Fällen der §§ 186, 187 nur geeignet, Mißachtung hervorzurufen); wäre diese Ansicht richtig, dann müßte die Behauptung verächtl. machender Tatsachen lediglich dem Betroffenen gegenüber straflos sein (N. 3b).

Auch die Beleidggen aus §§ 186, 187 richten sich gegen die „Ehre" (so hier auch Heß Ehre S. 1; vgl. § 185 N. 2a); man wird deshalb anzunehmen haben, daß die in dem Behaupten 2c. ehrenrühriger Tatsachen liegende Beleidgg. als solche die Beleidgg. i. S. des § 185 konsumiere, so daß *insoweit* von einer Konkurrenz keine Rede sein kann (§ 73 N. 12_3); dahin neigend, trotz Schwankens, auch die Praxis des RG., z. B. IV 29. Sept. 93 E. 24 269; aM.: v. Liszt S. 346 N. 4 (früher anders), Frank N. IV, Gabler aO. S. 35 ff., Heß aO. S. 27.

2) „*Behaupten oder Verbreiten einer Tatsache*" (vgl. § 131).

a) Bezüglich des Wortes „*Tatsachen*" gilt auch hier im allgemeinen das zum § 131 N. 5 Bemerkte (vgl. insbs. die das. Abs. 2 zitt. den § 186 btr.: RG. E. 1 52, R. 8 649, 9 179). Es kommen deshalb sowohl äußere wie innere Tatsachen in Betracht; es kann demgemäß der Vorwurf „schlechter Charaktereigenschaft" als Behauptung einer Tatsache sich darstellen (Berlin 8. Jan. 79 O. 20 11), auch gehören „Beweggründe und Zwecke" eines anderen zu den Tatsachen; so: Geyer 2 37, v. Liszt S. 346, H. Meyer S. 527, Rüd.-St. N. 7, Gabler Üble Nachr. S. 47 ff.; aM. Dochow HS. 3 349 u. Frank N. I 1, welche nur äußerlich erkennbare Hdlgen als solche ansehen, und namentl. Hälschner 2 191, es ergebe sich aus der Natur der Sache, daß diese Tatsachen nur in Hdlgen bestehen könnten, die dem Beleidigten beigemessen werden; es handele sich um die Behauptung objektiv feststehender Tatsachen und es sei eine Verkennung der Bedeutung der Verleumdung, wenn man die Behauptung sog. innerer Tats. für genügend erachte; ferner Merkel S. 292, der zwar Eigenschaften einer Person als Tatsachen anerkennt, nicht aber „lediglich dem Bewußtsein des Handelnden selbst angehörige Vorgänge".

b) Wegen „*Behaupten*" vgl. § 131 N. 4, wegen „*Verbreiten*" § 110 N. 10. Im Sinne der §§ 186, 187 ist aber *Verbreitung* nicht als Mitteilung an weitere Kreise aufzufassen, vielmehr ist der Gegensatz beider Begehungsformen lediglich darin zu finden, daß unter „Behauptung" die Hinstellung einer Tatsache als Gegenstand eigenen Wissens, unter „Verbreitung" dagegen die Hinstellung einer Tatsache zwar auch als wahr, aber als fremde Mitteilung zu verstehen ist; so: RG. FS. 10. Sept. 97 E. 30 224; vgl. auch II 8. März 98 E. 31 63 (66). Durch die Benennung eines Gewährsmannes kann demgemäß unter Umständen die Behauptung, nicht aber die Verbreitung ausgeschlossen werden; Merkel S. 292. Wg. der weitergehenden Bedeutung des Ausdruckes „Verbreitung" bei dem straferhöh. Umst. der „Verbreitung durch Schriften 2c." s. N. 6b sowie RG. zit. E. 30 224, IV 28. Juni 01 G. 48 360.

a) Zur Erfüllung des Tatbestandes des *Behauptens* genügt selbst das *vertrauliche* Behaupten gegenüber einem Dritten, ohne daß es auf eine Absicht der Weiterverbreitung ankommt; so v. Schwarze N. 15; aM. Stuttgart 5. März 73 St. 2 316. Allerdings wird bei vertraulichen Mitteilungen, z. B. an Vorgesetzte, Kollegen, Familienmitglieder, häufig § 193 Platz greifen, wie z. B. auch in dem der Stuttgarter Entsch. zugrunde liegenden Falle; Hälschner 2 183, Gabler aO. S. 52 f.; dagegen hält Kohler G. 47 20 solche Privatäußerungen niemals für strafbar, weil es in derartigen Fällen überhaupt an einer Äußerung fehle, die bestimmt sei, einen Gedankeninhalt in einen anderen Kreis zu tragen (§ 185 N. 8). Auch das nur *vermutungsweise* Mitteilen einer Tatsache, namentl. im

Digitized by Google

Falle des Verdachtes einer strafb. Hdlg., kann die Behauptung einer solchen enthalten, da eine bestimmte Versicherung nicht notwendig ist (so: das § 185 N. 8 zit. RG. G. 47 293, Dresden 28. Feb. 73 St. 3 8; aM. Gabler aO. S. 51), während allerdings die bloße Erklärung, man habe einen anderen in Verdacht, eine bestimmte strafb. Hdlg. begangen zu haben, nicht als Behauptung der Tatsache der Begehung einer strafb. Hdlg. durch den Dritten, sondern lediglich als eine Mitteilung über einen im Innern des Erklärenden selbst stattgehabten Vorgang aufgefaßt werden kann (unter welcher Voraussetzung es dann an dem N. 3a erörterten Erfordernis fehlen würde; vgl. München 19. Juli 73 St. 2 374).

β) Eine besondere Form der Verbreitung ist in den Fällen der §§ 186, 187 zum Tatbestande nicht erforderlich. Hierhin gehört auch das Verbreiten von Gerüchten, insbes. dann, wenn es der Bestätigung bedürfend mitgeteilt wird (N. 8₂); anders aber, wenn man dem Gerücht selbst entgegentritt, weshalb RG. IV 11. Dez. 00 G. 47 450 bedenklich erscheint, das § 186 anwendet, trotzdem das wiedergegebene Gerücht als „völlig grundlos" bezeichnet war. Die Wiedergabe eines Gerüchts enthält nach der eingangs der N. gegebenen Begriffsbestimmung stets nur ein Verbreiten, nie ein Behaupten von Tatsachen (α); vgl. RG. II 17. Nov. 91 E. 22 221. Speziell das Vorlesen bzw. Mitteilen einer Schrift btr., so liegt hierin noch nicht immer ein Verbreiten der darin enthaltenen ehrenrührigen Behauptung; erforderlich ist — vom subjektiven Moment abgesehen (N. 8) — jedenfalls der Wille des Vorlesenden, jene Behauptung durch die Vorlesung zur Kenntnis eines Dritten zu bringen, während das Vorlesen auch zu anderen Zwecken geschehen kann (z. B. Lautlesen zwecks besserer eigener Kenntnisnahme oder Vorlesen, um demjenigen, der im Besitze der Schrift war und deren Inhalt bereits kannte, unter gleichzeitiger eigener Kenntnisnahme, die genaue Kenntnisnahme zu erleichtern); RG. I 30. März 82 N. 4 991.

c) Den Gegensatz zum „Behaupten o. Verbreiten einer Tatsache" bildet, wie im Falle des § 131 (das. N. 5), das bloße Aussprechen einer subjektiven Meinung des Beleidigers selbst. Entscheidend dafür ist auch hier der Umstand, ob es um einen konkreten Vorgang sich handelt oder nicht; RG. II 29. Okt. 86, 15. März 87, N. 8 649, 9 179 (letzteres den Vorwurf der „Parteilichkeit" für eine Beleidgg. aus § 185 erachtend, wenn er zu konkreten Hdlgen des Betroffenen nicht in Beziehung gesetzt sei, anderenfalls aber für eine unter § 186 fallende Behauptung einer Tatsache), IV 7. Juli 96 E. 29 40. Unter Festhaltung jenes Gesichtspunktes erscheint es im übrigen gleichgültig, welche Form für die Kundgebung gewählt wird. So ist einerseits Behauptung einer Tatsache nicht nur, wenn jemandem vorgeworfen wird, in einem bestimmten Falle eine strafb. Hdlg. begangen zu haben, z. B. einem Zeugen, falsch geschworen zu haben (RG. II 9. Jan. 80 E. 1 52), sondern auch, wenn ein solcher eine konkrete Tatsache betreffender Vorwurf durch Worte wie „nach meiner Meinung" o. „es scheint" verklausuliert wird (vgl. das § 131 N. 5 zit. RG. N. 8 649); auch ist es unter der Voraussetzung, daß es um einen konkreten Vorgang sich handelt, gleichgültig, ob der Vorwurf direkt erhoben oder durch Schlußfolgerungen vermittelt wird; Berlin 16. Okt. 74 O. 15 685. Andererseits enthält das Aussprechen eines allgemeinen Urteils, einer Reflexion, einer „nicht objektivierten subjektiven Meinung" selbst dann nicht die Behauptung einer Tatsache, wenn es auch in eine positive Form sich kleidet, wie z. B. der Vorwurf „der N. N. hat mich bestohlen", oder wenn es zwar durch tatsächliche Vorgänge veranlaßt ist, aber konkrete Hdlgen des Beleidigten selbst nicht zum Gegenstand hat; RG. II 2. Mai 02 E. 35 227.

Liegt der Fall der Behauptung o. Verbreitung einer ehrenrührigen Tatsache vor, so hat der Angekl. ein Interesse daran, nicht den § 185 zur Anwendung gebracht zu sehen schon wegen der Möglichkeit eines die Strafe ausschließenden Wahrheitsbeweises. Ist aber die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache festgestellt, so gereicht es dem Verurteilten nicht zur Beschwerde, wenn an Stelle des im ganzen eine schwerere Strafe androhenden § 186 der eine leichtere androhende § 185 zur Anwendung gebracht ist.

3a) „In Beziehung auf einen anderen" muß eine Tatsache behauptet etc. sein. Das erfordert zunächst objektiv, daß sie auf „einen anderen", einen Dritten, sich beziehe (vgl. das N. 2bα zit. München St. 2 374). Subjektiv wird erfordert, daß die Be-

Digitized by Google

ziehung auf den anderen auch von dem Vorsatze des Behauptenden umfaßt sei, so daß, wenn die Äußerung objektiv — z. B. infolge einer Verwechselung — eine Beziehung auf einen anderen enthält als auf denjenigen, den Täter treffen wollte, die Handlung nicht gegen den begangen ist, auf den der Dolus des Behauptenden sich nicht bezog; RG. IV 26. Okt. 88 E. 18 167 (vgl. übrigens N. 8_2).

b) Da die Tatsache „in Beziehung auf einen anderen" behauptet sein muß, so genügt zur Bestrafung aus § 186 o. § 187 (wohl aber aus § 185; ſ o. N. 1_2) nicht die Behauptung „gegenüber dem anderen", d. h. gegenüber dem Verletzten selbst, sondern es muß mindestens ein Dritter die Behauptung der Tatsache unmittelbar vernommen haben, mag auch die Äußerung direkt an den Verletzten sich gerichtet haben; die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme von seiten dritter Personen, z. B. bei Absendung einer Postkarte, ist nicht ausreichend. So die GM., insbs. RG. II 24. Okt. 79, I 29. Okt. 84, N. 1 14, 7 626, III 29. Juni 81, IV 7. Juli 96, E. 4 401, 29 40. AM.: Binding Lb. 1 158 N. 11, Freudenstein Ehrenkr. S. 32 N. 1. Deshalb genügt bei Beleidgg. einer Personeneinheit, z. B. einer Behörde, nicht, daß die einzelnen Mitglieder der Behörde Kenntnis erhielten, da diese nicht unter sich und gegenüber der Behörde als dritte Personen aufgefaßt werden können; RG. III 30. Nov. 82 E. 7 285.

Übrigens braucht der Beleidigte hier so wenig wie im Falle des § 185 ausdrücklich benannt zu sein; Berlin OAG. 22. Nov. 73 St. 3 188. Auch kann eine kollektive Personeneinheit nur in demselben Umfange Objekt der Beleidgg. sein wie bei einer solchen aus § 185 (das. N. 11); so insbs. Berlin 27. Feb. 79 O. 20 105.

4) Eine Tatsache, welche „den anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist", muß mit dem Bewußtsein davon (RG. IV 26. Okt. 88 E. 18 167) behauptet oder verbreitet sein.

Während das „Verächtlichmachen" einer Person darauf hinausläuft, sie als im Gegensatze zum allgemeinen sittlichen Werte befindlich darzustellen (§ 131 N. 8), bezeichnet „Herabwürdigen" nur die Herabsetzung in Ansehung des allgemein sittlichen Wertes; Rubo N. 6. Hierdurch erklärt es sich, daß der Tatbestand der §§ 186, 187 schon dann erfüllt wird, wenn eine Tatsache behauptet wurde, die — ihrer objektiven Natur nach — den anderen, sei es auch nur bei einzelnen Personen, verächtlich zu machen geeignet ist (RG. IV 14. Feb. 02 E. 35 126), während andererseits erfordert wird, daß die behauptete Tatsache geeignet sein müsse, den anderen „in der öffentlichen Meinung", d. h. in der Anschauung eines größeren Teiles der Bevölkerung, nicht bestimmter einzelner Personen, Berufs- o. Gewerbsklassen als solcher (Rubo N. 5), herabzuwürdigen; etwas abweichend das zit. RG. insofern, als nach ihm ein Verächtlichmachen nicht nur da vorliegt, wo jeder sittl. Wert abgesprochen wird, sondern schon da, wo er erheblich herabgesetzt wird, zumal eine feste Grenze zwischen beiden Anschauungsformen sich kaum ziehen lasse.

In der Praxis ist angenommen, daß die in Beziehung auf einen Kaufmann gemachte unwahre Behauptung, er sei zahlungsunfähig geworden bzw habe Bankerutt gemacht, geeignet sein könne, ihn in der öffentl. Meinung herabzuwürdigen, und zwar sowohl weil diese Behauptung die Aussicht auf die Möglichkeit eines zeitweise Schmälerungen der Ehre mit sich führenden Konkurses eröffne, als auch weil die Nichterfüllung der auf den kaufmännischen Kredit eingegangenen Verbindlichkeiten einen Verstoß gegen die Sittlichkeit enthalten könne; so RG. II 1. Okt. 80, I 14. März 98, E. 2 309, 31 84; ähnlich: Berlin OAG. 22. Dez. 73, Dresden 19. Apr. 72, Stuttgart 14. Okt. 74, 25. Okt. 76, St. 3 317, 1 373, 4 145, 7 83. Vgl. aber ThürBl. 42 115.

5) Wie eine Beleidigg aus § 185 eine „gleichzeitige" sein kann (das. N. 4), so kann auch der Tatbestand eines Verg. aus § 186 o. § 187 bei Behauptung einer Tatsache vorliegen, die zwar zunächst einen Dritten, zugleich aber auch einen anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist; so Dresden 25. Aug. 71 St. 176, in der Annahme einer Beleidgg. des Vaters durch die Behauptung, seine Tochter habe außerehelich geboren; vgl. jedoch das § 185 N. 4 zit. RG. G. 48 441.

6) Wird die Beleidigung oder Verleumdung „öffentlich oder durch Verbreitung

Digitized by Google

von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen", so liegt ein straferhöhender Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 vor.

a) Der Begriff der „Öffentlichkeit" ist in seiner besonderen Anwendung auf die Beleidgg. (vgl. auch § 200 N. 1) in Übereinstimmung mit den Ausführungen in § 110 N. 5 aufzufassen; RG. II 4. Mai, I 7. Mai 83, II 1. Mai 85, III 7. Okt. 86, N. 5 317, 333, 7 269, 8 600. Speziell die schriftliche Beleidgg. betreffend, so ist mit Recht angenommen worden, daß eine in einer zur Post gegebenen Postkarte oder in einer Adresse eines solchen Briefes enthaltene Beleidgg. eine öffentliche sei, wobei freilich die Kenntnisnahme seitens eines Dritten die Voraussetzung für die Vollendung des Verg. bleibt (N. 3b); Berlin 23. Okt. 72, 26. Jan. 75, 15. Feb. 77, 12. Feb. 79, O. 13 548, 16 77, 18 136, 20 84. Über die Frage, ob eine öffentl. Beleidgg. durch Versendung einer Drucksache in offenem Umschlage begangen werden könne, vgl. RG. II 28. Okt. 04 E. 37 289. Dagegen ist die durch Absendung einer telegraph. Depesche begangene Beleidgg. sowie die in einem Telephongespräche verübte keine öffentliche; Dambach Telegraphenstrafr. S. 98.

Das Bewußtsein, daß die Beleidgg. „öffentlich" begangen werde, gehört zum Tatbestande des qualifizierten Verg., dagegen nicht die Absicht, daß die Beleidgg. in die Öffentlichkeit dringe; Berlin 3. Feb. 71 O. 12 78, Binding Lb. 1 166.

b) Wegen „Verbreitung" von „Schriften, Abbildungen oder Darstellungen" vgl. N. 2b bzw. § 41 N. 3. Das Gesetz hebt als straferhöhend lediglich den Fall hervor, „wenn die Beleidgg. durch Verbreitung von Schriften 2c. begangen ist", spricht aber keineswegs aus, daß das Verg. der Beleidgg. durch Verbreitung einer Schrift beleidigenden Inhalts vollendet werde; dem allgemeinen Grundsatze entsprechend ist deshalb auch hier Kenntnisnahme des beleidigenden Inhalts (§ 185 N. 14, insbs. das dort zit. RG. G. 48 298), und zwar in den Fällen der §§ 186, 187 durch einen Dritten (N. 3b) erforderlich; so: Hälschner 2 197, Gabler Üble Nachr. S. 84 N. 1; aM.: Berlin 6. Juni 74 O. 15 367 (Annahme einer vollendeten Beleidgg. durch Übergabe der btr. Nummern eines Zeitungsblattes an die Post u. demnächstige Versendung), Oppenh.-D. § 185 N. 13, Klöppel RPreßr. S. 440, Kronecker 25. DJZ. 2 28.

Zu § 186. N. 7—13.

7) Der Tatbestand des Verg. der einfachen bzw. qualifizierten „üblen Nachrede" verlangt außer den in N. 2—5 bzw. 6 angegebenen Momenten noch die Rechtswidrigkeit der Hdlg. (§ 185 N. 13); RG. II 5. Nov. 86 N. 8 681.

Hierdurch wird aber der gesamte objektive Deliktstatbestand erfüllt. Denn obschon Strafe verhängt werden darf, „wenn nicht die (behauptete o. verbreitete) Tatsache erweislich wahr ist", so bildet doch die „Nichterweislichkeit" kein Tatbestandsmerkmal (so jedoch: RG. III 13. Okt. 80 E. 2 379, Binding Lb. 1 146, H. Meyer S. 530, Frank N. II u. ZStrW. 12 307), sondern die Bestrafung ist vielmehr durch einen außerhalb des Deliktstatbestandes liegenden Umstand prozessualer Natur — nach der Fassung des Gesetzes — negativ bedingt (v. Liszt S. 360, Ortloff ThürBl. 43 117), folglich die Bestrafung positiv durch die Erweislichkeit der behaupteten Tatsache ausgeschlossen (Gertschen G. 32 55, Kohler G. 47 119); es ist somit im § 186 ein Strafausschließungsgrund aufgestellt; RG. I 2. Nov. 82, II 28. Sept. 83, III 23. Sept. 89, E. 7 207, 9 150, 19 386; vgl. auch Gabler Üble Nachr. S. 62 ff., andererseits jedoch Rüd.-St. N. 8. Trotz der prozessualen Einkleidung des Strafausschließungsgrundes, die z. B. darin sich äußert, daß Bestrafung selbst dann erfolgen muß, wenn die Nichterweislichkeit sich ergibt, weil die einzigen Zeugen ihr Zeugnis verweigern oder verstorben sind (Berlin 1. Juni 76 St. 6 266), so sind es doch im Grunde nur die Schwierigkeiten der Beweisführung bezüglich der Negation der „Unwahrheit" gewesen, die den Gesetzgeber bestimmt haben, den Begriff „unwahr" durch „nicht erweislich wahr" zu ersetzen und § 186 will deshalb materiell die Nachrede unwahrer ehrenrühriger Tatsachen verbieten, die Nachrede wahrer derartiger Tatsachen aber freigeben; so das zit. RG. E. 19 386. Wg. einer Rückwirkung der hieraus sich ergebenden Bedeutung des Begriffsmerkmales für den Tatbestand der wissentl. falschen Anschuldigung vgl. § 164 N. 9b.

Digitized by Google

8) Was den Dolus betrifft, dessen Feststellung es auch hier (§ 185 N. 16) nur im Bestreitungsfalle bedarf (Berlin 23. Okt. 73, 26. Juni 78, O. 14 660, 19 340), so findet ihn die GM., abgesehen von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, lediglich in dem Bewußtsein, daß die in Beziehung auf einen anderen behauptete oder verbreitete Tatsache geeignet sei, diesen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen (das N. 2 b β zit. RG. R. 4 291, München 15. Juni 72, Dresden 25. Aug. 71, 25. Sept. 74, St. 1 346, 76, 5 58), indem eine davon verschiedene „Absicht, zu beleidigen," hier ebensowenig wie im Falle des § 185 (das. N. 15) erfordert wird; RG. II 5. Nov. 86 R. 8 681, 27. Apr. 94 E. 25 355, RMG. II 24. Mai 01 E. 1 155. Der Dolus entfällt hiernach mit dem mangelnden Bewußtsein von dem ehrenrührigen Charakter der behaupteten Tatsache; zit. RG. R. 8 681.

Das Bewußtsein von der „Nichterweislichkeit" (N. 7_2) ist dagegen in Übereinstimmung mit der GM., insbs. RG. I 30. Okt. 82, III 23. Sept. 89, E. 8 171, 19 386 nicht zu verlangen; mit Recht nimmt letztere vielmehr wegen des Gegensatzes zum § 187, der das Bewußtsein der Unwahrheit der behaupteten Tatsache fordert, an, daß § 186 nur negativ das Nichtvorliegen einer Behauptung „wider besseres Wissen" voraussetze, so daß der Mangel des Bewußtseins davon, daß die behaupteten Tatsachen nicht erweislich wahr seien (RG. II 28. Sept. 83 E. 9 150, IV 10. Okt. 84 R. 6 615), ja selbst das Fürwahrhalten der behaupteten Tatsache keineswegs den Dolus ausschließe (RG. I 1. Dez. 79 R. 1 110), mag jenem auch eine Unbekanntschaft mit gewissen anderen Tatsachen oder eine Verwechselung, z. B. eine Personenverwechselung, zugrunde liegen; RG. IV 7. Juli 96 E. 29 44. Deshalb kann auch, vorausgesetzt, daß die Äußerung noch als Behauptung o. Verbreitung einer Tatsache sich charakterisiert, in dem Weitererzählen eines Gerüchts (N. 2 b β) der Tatbestand des § 186 gefunden werden, mochte auch die eigene Versicherung seiner Wahrheit fehlen (Berlin 17. Dez. 74, 20. Jan. 76, St. 4 329, 326), oder selbst dabei bemerkt sein, daß die Tatsache noch unerwiesen sei (München 11. Mai 77 St. 7 286). AM. jedoch München 15. Juni 72, 11. Mai 77, 5. Jan. 78, St. 1 346, 7 286, 8 170 sowie Binding Normen 2 611 u. Lb. 1 158, das Bewußtsein von der Nichterweislichkeit der Tat sei erforderlich; ähnlich Klöppel RPreßr. S. 444.

Trotzdem das Bewußtsein der Nichterweislichkeit kein Erfordernis bildet, so ist doch das Verg. aus § 186 seinem ganzen Tatbestande nach ein vorsätzliches; denn die Erweislichkeit bzw. Nichterweislichkeit der Tatsache ist ein außerhalb des Deliktstatbestandes liegendes Moment (N. 7); v. Liszt S. 347, Gabler Üble Nachr. S. 66. Dagegen rechnet Löning S. 60 das Delikt zu denjenigen, die beide Schuldarten in sich begreifen; ähnlich Schmid Präsumtionen S. 67, 68 N. 1 (es liege Verbindung einer fahrl. Hdlg. mit einer vorsätzl. zu einem Delikte vor; vorsätzlich sei das Behaupten ꝛc., das eine Beleidgg. enthalte, wenn die genaue Prüfung der Wahrheit des Erzählten fahrlässigerweise unterblieben sei) u. Frank N. II. Diese Auffassung erscheint jedoch als eine Halbheit; folgerichtig müßte man mit H. Meyer S. 529 noch einen Schritt weiter gehen und annehmen, daß das Gesetz auch den bloßen Zufall unter Strafe gestellt habe; so wird auch Merkel S. 293 zu verstehen sein (es fielen auch solche Fälle unter § 186, bei denen nicht von einer vorsätzl., möglicherweise aber von einer fahrl. Begehung des Del. gesprochen werden könne); so ferner Rupp Modernes R. S. 56 (das StGB. verwende im § 186 aus Praktikabilitätsgründen statt des Momentes der Fahrlässigkt. das äußerliche Moment der Nichterweislichkeit, das zwar häufig, aber keineswegs immer, eine Fahrlässigkt. involviere); vgl. auch den bereits zit. Schmid S. 96 (bezüglich des subj. Tatbestandes liege eine unwiderlegliche Vermutung vor, indem die Fahrlässigkt. bei der Verbreitung nicht bewiesen zu werden brauche). Dem Geiste des StGB. (E. I Abschn. 4 N. 4) entspricht es jedenfalls mehr, die Erweislichkeit bzw. Nichterweislichkeit der qu. Tatsache als einen ganz außerhalb des Deliktstatbestandes liegenden Umstand anzusehen, der somit zur Schuldfrage in materiellem Sinne (s. jedoch u. N. 11) außer jeder Beziehung steht.

9) Der Strafausschließungsgrund liegt vor, wenn die behauptete Tatsache ihrem wesentlichen Inhalte nach erwiesen ist, sollten auch Nebenpunkte unerweislich geblieben

Digitized by Google

oder gar widerlegt worden sein, so z. B. wenn die „strafbare Handlung", die den Gegenstand der Behauptung bildete, zwar begangen ist, jedoch nicht im vollen behaupteten Umfange, oder wenn die herabwürdigende Tatsache in einer angeblichen Äußerung eines anderen bestand und selbige, wenn auch nicht wortgetreu, so doch dem Sinne und der Sache nach richtig wiedergegeben war; so die GM., insbs.: RG. III 7. Apr. 80 E. 2 2, RMG. II 14. März 03 E. 4 260; aM.: Kronecker GS. 32 63, Oppenh.-D. N. 14. Festzuhalten ist aber an der Identität der behaupteten Tatsache und es genügt deshalb nicht, wenn eine andere — obschon gleich strafbare — Hdlg. erwiesen wird; Hälschner 2 205, v. Lilienthal HM. „Wahrheitsbeweis", v. Schwarze N. 9, 9a u. GS. 32 575. Straflos wird durch den Wahrheitsbeweis auch nicht eine außerhalb der Tatsachenbehauptung angereihte beleidigende Kritik; RG. II 2. Jan. 00 E. 33 50.

Übrigens bildet beim Vorwurfe einer strafb. Hdlg. auch der Beweis der inneren zum Tatbestande erforderlichen Tatsachen die Voraussetzung für den Eintritt des Strafausschließungsgrundes; Berlin 31. Okt. 79 O. 20 59, Gabler Üble Nachr. S. 71.

Der Strafausschließungsgrund liegt im Falle erbrachten Beweises vor, wenn auch der Angeklagte zur Zeit der Äußerung von der Wahrheit der behaupteten Tatsache keine Kunde hatte; Berlin 6. Dez. 72 O. 13 649, v. Schwarze aO. S. 576.

Der Beweis der Wahrheit ist dem Strafrichter zu erbringen; deshalb ist es gleichgültig, ob der Dritte, gegen den die Behauptung ausgesprochen wurde, die Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsache kannte; Dresden 22. Jan. 75 St. 5 325.

10) Der Wahrheitsbeweis folgt, abgesehen von den Ausnahmen des § 190, den allgemeinen Regeln über den Beweis im Strafprozesse; v. Schwarze GS. 32 577. Hieraus ergibt sich, daß auch hier von einer Beweislast des Angeschuldigten nicht gesprochen werden kann, obschon es in der Natur der Sache liegt, daß regelmäßig er selbst den Richter nicht nur durch seine Verteidigung für Erhebung des Wahrheitsbeweises geneigt machen, sondern auch durch Angabe der Beweismittel dazu instand setzen muß. So: Berlin 14. Juli 74, 1. Feb. 77, O. 15 500, 18 90, Binding Z. 1 149 u. Normen 2 610, Dochow HH. 3 350, Hälschner 2 201, H. Meyer S. 530, Rüd.-St. N 8, Schmid Präsumtionen S. 66, Gabler Üble Nachr. S. 68.

11) Obschon die Nichterweislichkeit nach der Ausführung in N. 7 materiell einen Teil der Straffrage bildet, so begreift doch prozessual nach der positiven Bestimmung der StPO. § 262$_2$ die Schuldfrage auch die Erweislichkeit der Tatsache, da dadurch „die Strafbarkeit ausgeschlossen" wird; so die GM. Daraus ergibt sich, daß zur Verneinung des Strafausschließungsgrundes nach Abs. 1 das. eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich ist, derartig, daß, wenn die Mehrheit nicht für die Verneinung sich ausspricht, der Strafausschließungsgrund zutrifft, wenn auch für ihn positiv eine Mehrheit sich überhaupt nicht ergeben hat; RG. I 2. Nov. 82 N. 4 782. Die Abstimmung über die Schuldfrage muß eine einheitliche sein; deshalb läßt bei der Abstimmung die Frage nach der Erweislichkeit der Tatsache von der Frage nach den (übrigen) Tatbestandsmomenten sich nicht dergestalt trennen, daß die erforderliche Mehrheit für jede der beiden Fragen besonders berechnet wird; RG. III 13. Okt. 80 E. 2 379.

Nach StPO. § 262$_2$ bedarf die Nichterweislichkeit stets der Feststellung, selbst dann, wenn der Angekl. keinen Versuch des Erweises gemacht hat; RG. III 13. Okt. 80, 8. Dez. 84, E. 2 379, R. 6 788.

12) Wegen der Frage der Zulässigkeit einer Bestrafung aus § 186 bei Verneinung des subjektiven Tatbestandes des § 164 (das. N. 7) vgl. § 193 N. 12a, wg. Idealkonk. (§ 73) mit § 187 das. N. 7.

13) Wegen Strafe vgl. § 185 N. 20, wegen Verjährung der Strafverfolgung und wegen Zuständigkeit das. N. 21.

§. 187.

Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen Anderen eine unwahre Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden

Digitized by Google

geeignet ist, wird wegen verleumderischer Beleidigung mit Gefängniß bis zu zwei Jahren und, wenn die Verleumdung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist, mit Gefängniß nicht unter Einem Monat bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf Einen Tag Gefängniß ermäßigt, oder auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

PrStGB. (fehlt). **Entw.** I, II (fehlt). **StB.** S. 645—652, 1170.
Vgl. §§ 188 Abs. 1, 194.

Verleumdung i. e. S. N. 1—4.

1) Die „verleumderische Beleidigung" oder „Verleumdung" i. e. S., d. h. die abgesehen von der Kreditgefährdung, aus § 187 strafb. Hdlg. erfordert im übrigen denselben Tatbestand, wie die sog. üble Nachrede (vgl. deshalb § 186 N. 1—6), von der sie nur dadurch sich unterscheidet, daß die behauptete oder verbreitete Tatsache eine „unwahre", und die Behauptung oder Verbreitung selbst „wider besseres Wissen" geschehen sein muß. Deshalb genügt auch hier das Bewußtsein von dem ehrenkränkenden Charakter der Äußerung, während die Absicht, zu beleidigen, kein Tatbestandsmoment ist (§ 186 N. 8); **RG.** III 29. Okt. 81 N. 3 662. Unzutreffend erachtet v. Liszt S. 347 auch die Verleumdung nur für eine Gefährdung der Ehre.

2) Die „Unwahrheit" der behaupteten Tatsache muß dem Angeklagten bewiesen werden; keinesfalls reicht zu seiner Verurteilung aus, daß die Tatsache nicht erweislich wahr ist. Folgeweise kann der Angeklagte auch nicht dadurch, daß er bei der Behauptung einer strafb. Hdlg. in Beziehung auf einen anderen von dessen rechtskräftiger Freisprechung Kenntnis hatte, der Verleumdung überführt erachtet werden (§ 190 N. 4_2); so: Berlin 25. Juni 75 **G.** 23 436 (btr. § 189), Binding **Lb.** 1 150 u. Normen 2 612, Hälschner 2 203, v. Lilienthal **HRl.** „Wahrheitsbeweis", Oppenh.-D. § 190 N. 7, Rüd.-St. N. 1, Kohler **G.** 47 138; aM. v. Schwarze § 190 N. 7 u. **GS.** 32 572.

3) Die Behauptung „wider besseres Wissen" muß dem Angeklagten gleichfalls bewiesen werden. Auch hier reicht nach der Wortfassung des Gesetzes ebensowenig wie im Falle des § 164 (das. N. 7) ein Eventualdolus zur Verurteilung hin, insbs. genügt dazu nicht „der Mangel der Überzeugung von der Wahrheit"; so: **RG.** IV 10. Okt. 99 **E.** 32 302, Berlin **OAG.** 17. Jan. 73 St. 2 161, Binding **Lb.** 1 159, Hälschner 2 197, v. Liszt S. 348, Oppenh.-D. N. 2, Lucas Subj. Verschldg. S. 45; aM. H. Meyer S. 529.

4) Die Privatklage wegen Verleumdung i. e. S. ist auf die im § 189_3 bezeichneten Personen vererblich; StPO. § 433.

Kreditgefährdung. N. 5, 6.

5) Wenn die wider besseres Wissen (vgl. dagegen **BGB.** § 824_1) in Beziehung auf einen anderen behauptete oder verbreitete Tatsache „dessen Kredit zu gefährden geeignet ist", so soll gleichfalls Bestrafung wegen „verleumderischer Beleidigung" erfolgen; letzterer Ausdruck wird hier in einem weiteren, aber nicht zutreffenden Sinne (Abschn. 14 N. 2) gebraucht; denn die Behauptung solcher Tatsachen trägt nur unter besonderen Umständen einen ehrenkränkenden Charakter (§ 186 N. 4), das verletzte Rechtsgut ist bei der Kreditgefährdung nicht die Ehre, sondern das Vermögen, insbs. der Kredit; so die **GM.**; aM. v. Liszt S. 340, es werde die wirtschaftliche Seite der Ehre geschützt; ähnlich Heß Ehre S. 28. Es erhellt hieraus zugleich, daß § 187 Mischtatbestände verschiedenen Charakters umfaßt; Binding **Lb.** 1 160 u. Normen 2 483, Berner S. 478, Dochow **HH.** 3 356, Hälschner 2 198.

6) „Kredit" ist das Vertrauen, das jemand hinsichtlich der Erfüllung seiner vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten genießt; ähnlich Passow Kreditgefährdg. S. 14. Ist dieses Vertrauen auch besonders für Kaufleute wichtig, so ist der Begriff des Kredits doch keineswegs auf den kaufmännischen Kredit beschränkt. Es kann hiernach auch der Kredit anderer Personen als von Kaufleuten Gegenstand des Verg. sein.

Digitized by Google

Kredit kommt auch den Personenvereinen mit vermögensrechtlicher Persönlichkeit zu, also namentl. den Handelsgesellschaften u. Aktiengesellschaften; das Verg. der Kreditgefährdung kann daher und weil es nicht gg. die Ehre, sd. gg. das Vermögen sich richtet (N. 5), anders wie die Beleidgg. (§ 185 N. 11), auch gegen juristische Personen begangen werden; so die GM., insbs. Berlin 5. Apr. 77 G. 25 218; vgl. auch den aus der Entstehungsgeschichte abgeleiteten Nachweis bei Passow aO. S. 17. Die Möglichkeit zur Verfolgung einer Kreditgefährdung im Wege der Privatklage seitens der Korporationen, Gesellschaften und anderer Personenvereine gewährt StPO. § 414$_3$.

Wegen „Gefährdung" vgl. §§ 52 N. 7, 130 N. 3. Eine wirkliche Schädigung des Kredits ist nicht erforderlich.

Idealkonkurrenz; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 7—9.

7) Wegen Idealkonkurrenz vgl. im allg. § 185 N. 19, wg. eines eigentüml. Falles einer solchen mit § 186 (Absendung eines den Tatbestand dieses §. enthaltenden, fälschlich mit dem Namen eines Anderen versehenen Schriftstücks) vgl. RG. III 19. Dez. 04 G. 52 . Die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73 N. 19 Ib) mit wissentl. falscher Anschldgg. (§ 164 N. 14) bejahen zutreffend: RG. III 1. Nov. 95 G. 43 391, München 13. Juni 74, 15. Apr. 76, St. 4 135, 6 235, v. Liszt S. 596 N. 6, Frank § 164 N. V, Oppenh.-D. § 164 N. 20, Rüd.-St. § 164 N. 12, Heß Falsche Anschldgg. S. 51, Eichmann Verl. Beleidgg. u. f. Anschldgg. (Diss. Leipzig 1896) S. 71; aM.: Binding Lb. 1 160, 2 538 (es liege Konsumtion vor), Hälschner 2 192, 901, Merkel S. 408, Habermaas Idealkonk. S. 70, Herzog GS. 32 102, weil der Tatbestand der wissentl. falschen Anschldgg. denjenigen der Verleumdung in sich schließe; allein, wenn dies auch fast durchgängig zutrifft, so ist doch zu verneinen, daß die Anschldgg. wg. einer gerichtl. o. disziplin. strafb. Hdlg. notwendig den Vorwurf einer Tatsache der im § 187 bezeichneten Art enthalte. Über die ausschließliche Anwendbarkeit des § 187 bei Verneinung des Tatbestandes des § 164 (das. N. 8), weil nur wissentl. „Übertreibung" durch wissentl. falsche Darstellung von Einzeltatsachen vorliege, vgl. RG. IV 2. Okt. 03 G. 51 43. Ebenso kann § 187 Anwendung finden, falls § 164 wg. fehlender Freiwilligkeit der Auslassung (das. N. 11) nicht Platz greift.

Die Möglichkeit einer Idealkonk. mit § 7 des G. z. Bekämpfg. d. unl. Wettbewerbs v. 27. Mai 1896 bejaht RG. I 14. März 98 E. 31 84.

8) Die ordentliche Strafe des einfachen Verg. ist Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16), die des qualifizierten Verg. Gefängnis von 1 Mt.—5 J. Die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 b ff.) angedrohte Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T. an oder Geldstrafe von 3—900 M. (§ 28); soweit letztere zugelassen wird, bezieht die außerordentliche Strafandrohung sich auch auf den Fall des einf. Verg.; Schütze S. 263 N. 3, Oppenh.-D. N. 6.

Vgl. auch § 200 sowie §§ 199, 233.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ sowohl beim einf. wie beim qualif. Verg. in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten; so auch RG. II 28. Feb. 99 E. 32 69. Vgl. auch § 191 N. 4.

Zuständig ist SchöffenG. oder Strafk. bzw. SchöffenG.; s. o. Abschn. 14 N. 3$_3$.

§. 188.

In den Fällen der §§. 186 und 187 kann auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt, neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 166 Abs. 3, 4, II § 184 Abs. 3. StB. S. 645—653.

Buße im allgemeinen. N. 1—12.

1) In den Fällen der §§ 186, 187 soll unter gewissen Voraussetzungen auf eine

Digitized by Google

„Buße" erkannt werden können; im StGB. kehrt die Buße lediglich im § 231 wieder, dagegen findet sie sich außerhalb desselben in verschiedenen Gesetzen.

Gewisse Grundsätze gelten für die Buße im allgemeinen, mindestens für die Buße in den beiden Fällen des StGB. Diese Grundsätze werden deshalb vorweg behandelt, wenn auch die Ausdrucksweise der Kürze halber meist dem § 188 sich anlehnt.

2) Der Charakter der Buße wird im § 188 selbst hinreichend gekennzeichnet, indem Abs. 1 von der Erlegung der B. „neben der Strafe" spricht, Abs. 2 aber die „Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs" neben der erkannten B. ausschließt. Hiernach ist die B. keine Strafe, sondern eine in der Entschädigung des Verletzten bestehende Privatgenugtuung (vgl. E. I Abschn. 1 N. 5). So: RG. II 22. Mai 85, I 7. März 87, III 20. Nov. 93, I 19. Nov. 98, E. 12 223, 15 352, 24 397, 31 334, I 25. Apr. 87 N. 9 279, Berlin 8. Apr. 75 St. 5 74, Beling S. 80, Berner S. 236 N. 1, Binding Grundr. S. 221, Dambach HH. 3 1041, Dochow HH. 3 374, HRl. „Buße" u. Buße S. 14 ff., Finger 1 505, Geyer HH. 3 550, 4 378, Hälschner 1 601, 2 213, v. Liszt S. 351 (250), v. Lilienthal S. 54, H. Meyer S. 375, Frank E. I Abschn. 1 N. III 2, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 3, Sontag KrVJSchr. 17 219, 18 111, Francke, Schlayer, Kronecker, G. 20 19, 24 447, 27 101, Kohler Patentr. S. 578, Reinhardt Geldstr. S. 21, Gabler Üble Nachr. S. 87, Klöppel RPreßr. S. 442, Gf. z. Dohna Buße S. 458. AM. einerseits: Berlin 24. Jan. 72 St. 1 231, München 15. Dez. 76, 5. Juli 78, St. 7 115, BayerE. 8 372, Heinze HH. 2 636, Rubo S. 6, 9 sowie S. 98, 303 A. **, Reber Antragsdel. S. 146, Fleisch GS. 28 278 ff., Klebß G. 19 25, welche die B. lediglich als Privatstrafe auffassen, andererseits: Merkel S. 235, Schütze S. 364, v. Wächter S. 399 u. Buße S. 43, v. Schwarze S. 558, Mager G. 20 109, Stenglein GS. 24 327, Herzog GS. 27 196, 29 419, Merklinghaus Buße (Diss. Köln 1891) S. 6 ff., welche die B. als eine in der Form einer Privatstrafe erkannte Entschädigung ansehen, also eine gemischte Natur annehmen; endlich v. Weinrich Haftpflicht S. 125 ff., der die B. weder als Ersatz, noch als Strafe, sondern vielmehr als Zwangsabfindung ansieht, d. h. als eine dem Beschädiger neben der Strafe auferlegte Verpflichtung, dem möglicherweise o. tatsächlich Beschädigten statt des zivilrechtl. Schadenersatzes einen bestimmten Geldbetrag als Abfindung zu gewähren.

Wenn auch die B. eine Entschädigung darstellt, so ist sie doch nicht bloß eine solche für vermögensrechtl. (namentlich auch zukünftige) Nachteile, sondern auch für den sog. immateriellen Schaden, der „nicht Vermögensschaden ist" (BGB. § 847). So: Beling S. 80, v. Liszt S. 274, v. Lilienthal, Merkel, H. Meyer, Frank u. Kohler aO., Gf. z. Dohna aO. S. 451, Mandry-G. Zivilr. Inh. d. Rges. S. 498 N. 7 u. 500, auch das zit. RG. E. 15 352 btr. des § 231, das aber dahingestellt sein läßt, ob § 188, insofern er der nachteiligen Folgen für das „Fortkommen" (N. 15) gedenke, nur Vermögensnachteile voraussetze. AM. für den Fall des § 188: Oppenh.-D. N. 17, Dochow Buße S. 25. Andererseits braucht die B. nicht notwendig den ganzen nachweisbaren Vermögensschaden zu umfassen, da Umstände (wie z. B. Mitschuld des Verletzten) obwalten können, die den Richter bestimmen, einen vollen Ersatz des Vermögensschadens nicht zuzuerkennen; vgl. BGB. § 254.

Die Statthaftigkeit der Zuerkennung einer B. richtet sich, obgleich sie nur eine Entschädigung, wenn auch in weiterem Umfange ist, dennoch lediglich nach den Bestimmungen, des StGB.; es ist daher ohne Einfluß, ob der Zivilentschädigungsanspruch (vgl. BGB. § 824) zulässig oder beschränkt ist bzw. zu begründen sein würde; RG. I 10. Nov. 79, II 10. Apr. 88, R. 1 57, 10 293. Aus demselben Grunde können dem Bußanspruch auch zivilrechtl. Einreden irgendwelcher Art (Vergleich, Verzicht, Aufrechnung) nicht entgegengesetzt werden (N. 10); so Gf. z. Dohna Buße S. 458; aM. RG. I 19. Nov. 98 E. 31 334.

Konsequenzen davon, daß die „Buße" keine Strafe ist, s. N. 11, 12_2, sowie § 2 N. 21_2.

3) Die B. steht dem „Beleidigten" zu; an ihn bzw. seinen gesetzlichen Vertreter (München 5. Juli 78 BayerE. 8 372) ist die B. zu erlegen.

Bei Beleidgg. mehrerer Personen durch eine und dieselbe Hdlg. (§ 73 u. §§ 185 N. 4, 186 N. 5) kann jeder Beleidigte die B. fordern; so die GM.

Nach StPO. § 444_4 kann „der Anspruch auf B. von den Erben des Verletzten nicht

Digitized by Google

erhoben oder fortgesetzt werden"; demnach muß der Beleidigte, dem die B. zugesprochen ist, die Rechtskraft des Strafurteils erlebt haben, weil in dem Verstreichen der dem Verurteilten zustehenden Rechtsmittelfrist zugunsten der Erben des Verletzten eine „Fortsetzung" des Verfahrens liegen würde; so: Finger I 507 N. 661, Frank N. IV, Reinhardt Geldstr. S. 44, Löwe-H. StPO. § 444 N. 7, Stenglein StPO. § 444 N. 8; aM. Glaser 2 919. Es ist deshalb auch ausgeschlossen, daß der gesetzliche Vertreter desj., der einen Bußanspruch hatte, nach dessen Tode den Anspruch geltend macht; RG. I 2. Nov. 96 E. 29 140 (btr. § 231). Übrigens erhellt hieraus die höchstpersönliche Natur der Bußeforderung, die deshalb auch behufs der Verfolgung im Wege des Strafprozesses nicht für abtretbar erachtet werden kann; RG. I 30. März 96 E. 28 301 (btr. § 231). Da die Zuerkennung der B. im richterlichen Ermessen steht, so existiert in Wahrheit vor der Zuerkennung überhaupt noch kein „Anspruch" auf Buße; das zuerkennende strafgerichtl. Urteil ist nicht deklaratorischer, sondern konstitutiver Natur; Kohler Patentr. S. 579. Hieran haben auch die Vorschriften des BGB., insbs. § 847, nichts geändert; diese beziehen sich nur auf die ev. im Zivilprozesse geltend zu machenden Ansprüche. Der rechtskräftig zuerkannte Bußanspruch hat ganz die Natur einer zivilrechtl. Forderung (N. 12); Gf. z. Dohna Buße S. 461.

4) „Auf Verlangen" des Beleidigten kann die B. erkannt werden. Dieses Verlangen kann nach den Bestimmungen der StPO. §§ 443, 446 nur geltend gemacht werden entweder mittels der Privatklage oder in einem auf erhobene öffentliche Klage anhängigen Verfahren mittels Anschlusses als Nebenkläger; RG. I 18. Mai 03 E. 36 246. Im übrigen regeln die §§ 444, 445 aO. gleichmäßig für beide Fälle die Geltendmachung der Buße. Auch im militärgerichtl. Strafverfahren ist die Geltendmachung des Anspruchs statthaft; RMG. II 29. Jan. 01, 25. Jan. 02, E. 1 14, 2 182.

Der Verletzte selbst kann hiernach das Verlangen von B. nur durchführen, wenn er im strafprozessualen Sinne verhandlungsfähig ist, während die zivilrechtl. Geschäftsfähigkt. ohne Bedeutung ist, so daß auch ein wg. Trunksucht o. Verschwendung Entmündigter die B. verlangen kann; dagegen ist lediglich nach den Vorschriften des BGB. über Geschäftsfähigkeit zu beurteilen, ob die ihm zuerkannte B. ihm auch rechtsgültig gezahlt werden kann; vgl. Reinhardt Geldstr. S. 44.

Als Vertreter eines Verletzten kann aber nach obigem nur der die B. verlangen, der für ihn als Privat- oder Nebenkläger aufzutreten imstande ist (StPO. §§ 414 2, 435), andererseits kann aber auch kein Zweifel obwalten, daß ein jeder solcher das Verlangen auf B. stellen könne.

5) Sind an einer Beleidgg. mehrere Personen, sei es als Mittäter (§ 47) oder sonst (§§ 48, 49), beteiligt (das zum § 185 N. 18 Bemerkte gilt auch für die Fälle der §§ 186, 187), so kann das Verlangen des Verletzten auf einzelne der Teilnehmer sich beschränken; das Gesetz verbietet eine Spezialisierung des Verlangens in persönlicher Richtung nicht (N. 9 2). So: Glaser 2 17 N. 13, Stenglein GS. 24 354, v. Wächter Buße S. 55, Oppenh.-D. N. 8. AM. Herzog GS. 27 202, 29 421.

6) Im Falle eines auf B. gerichteten Verlangens kann „neben der Strafe" auf eine solche erkannt werden. Demnach bildet, neben dem Verlangen des Verletzten, die Verurteilung des Beleidigers zu einer „Strafe" die weitere Voraussetzung für die Zuerkennung der B.; wird der Beleidiger für „straffrei" erklärt, so darf er auch nicht zur Erlegung einer B. verurteilt werden; §§ 199 N. 11, 233 N. 2.

7) Liegen die Voraussetzungen für die Zuerkennung einer B. vor (vgl. noch N. 15), so ist der Richter trotzdem nicht dazu verpflichtet, da das Gesetz nur sagt: „es kann erkannt werden". Hierdurch wird es in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts gestellt, ob es von der Ermächtigung Gebrauch machen will; das Ermessen hat die Bedeutung, daß der Richter nicht unbedingt verpflichtet ist, darüber zu entscheiden, ob der Anspruch begründet sei, sondern daß er nach Umständen des Falles einer Entscheidung darüber sich enthalten kann; RG. III 15. Apr. 82 N. 4 325, III 1. Juli 82, I 6. Dez. 97, E. 7 12, 30 367 (letzteres btr. § 227 1). Dennoch wird ein auf B. gerichtetes Verlangen der ausdrücklichen

Digitized by Google

Ablehnung bedürfen (so auch v. Schwarze N. 5), weil erhellen muß, ob der Richter aus einem Rechtsgrunde von der Zuerkennung einer B. Abstand nimmt; denn gegen eine aus einem rechtsirrtümlichen Grunde erfolgende Nichtzuerkennung würde die Revision zustehen; vgl. z. B. RG. II 6. Juli 83 N. 5 507, welches das Vorerkenntnis auf Revision des Nebenklägers aufhob, weil der Vorderrichter rechtsirrtümlich angenommen hatte, daß durch den Vergleich eines körperlich Verletzten mit einem Dritten über Empfang einer Entschädigung der Anspruch des ersteren auf B. ausgeschlossen werde, sowie II 9. März 88 E. 17 190, das die Nichtzuerkennung der B. deshalb, weil der Vorderrichter sich außerstande sah, auf Grund der ermittelten Tatsachen den Schaden auch nur annähernd zu bemessen, für eine Gesetzesverletzg. erachtete.

Nach v. Wächter Buße S. 45 soll von Zuerkennung einer B. abgesehen werden können, weil ihre Festsetzung eine weitgehende, für die Verurteilung des Angeklagten nicht erforderliche Beweisaufnahme notwendig machen würde, nach Herzog GS. 29 424, weil bereits im Zivilprozesse über die Entschädigung verhandelt bzw. sogar erkannt ist; s. hierzu aber N. 2_3 u. N. 10.

Übrigens ist die B. keinesfalls, etwa im verfügenden Teile des Urteils, dem Verletzten abzusprechen. Nach Abs. 2 schließt zwar die erkannte B. die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus, nicht aber steht die Nichtzuerkennung der B. irgendwie der späteren Geltendmachung des Entschädigungsanspruches im Zivilprozesse entgegen; hiernach würde, da die B. im Wesen Entschädigung ist (N. 1), die Aberkennung der B. inkorrekt, aber auch bedeutungslos sein und den Zivilrichter nicht binden.

8) Die B. ist eine bestimmte Summe bis zu einem festgesetzten Höchstbetrage; deshalb darf sie nicht in der Form einer Rente auf Lebensdauer des Verletzten oder auf kürzere Zeit erkannt werden; RG. IV 25. Feb. 88 E. 17 178, München 15. Dez. 76 St. 7 115.

Der Höchstbetrag der B. ist in den Fällen des StGB. 6000 M., nach anderen Gesetzen aber zum Teil höher. Bei Beleidgg. mehrerer Personen durch eine Hdlg. (N. 3) kann jedem der Beleidigten eine B. bis zum Höchstbetrage zugesprochen werden; Dochow Buße S. 35.

Ein Mindestbetrag ist nirgends festgesetzt.

Über den Antrag hinaus darf nicht erkannt werden (StPO. § 445_2), wohl aber kann der Richter weniger, als beantragt war, erkennen; RG. I 6. Dez. 97 E. 30 367.

Als Zumessungsgründe sind Entschädigungen in Betracht zu ziehen, die der Verletzte durch den Täter oder auf seine Veranlassung — insbs. durch eine Versicherungskasse — bereits gezahlt erhalten hat; RG. II 6. Juli, I 29. Nov. 83, N. 5 507, 734; ebenso ein zwischen dem Täter u. dem Verletzten abgeschlossener Vergleich; so RG. I 19. Nov. 98 E. 31 334, während der Ansicht dieser Entsch., daß ein zivilrechtl. Vergleich o. Verzicht die Geltendmachung der B. im Strafverfahren überhaupt beseitigen könne, nicht beizutreten ist; N. 2_3, 3_2, 10.

9) Die Haftung der zu einer B. Verurteilten als Gesamtschuldner (BGB. § 421) wird für den Fall des § 231 durch Abs. 3 das. und ebenso für alle Fälle der Spezialgesetze in diesen ausdrücklich bestimmt. Im § 188 fehlt eine entsprechende Bestimmung. Diese schon im Entw. II, der die B. zuerst vorschlug, hervortretende Verschiedenheit scheint darauf zurückzuführen zu sein, daß man in der Bundesratskommission von der — freilich irrtümlichen (N. 5) — Auffassung ausging, die gemeinschaftliche Begehung einer Beleidgg. durch mehrere sei ausgeschlossen. Jener Weglassung kann aber eine materielle Bedeutung nicht zukommen; denn einerseits bewirkt die Entschädigungsnatur der B., daß der Verletzte einen Schaden nicht mehrmals ersetzt verlangen kann, andererseits regelt sich — wie die Motive zum § 231 (Entw. II § 225) bemerken — „die Haftpflicht mehrerer zu einer solchen B. Verurteilter nach den privatrechtl. Grundsätzen über die Gesamtschuld". Die Vorschrift des § 231_3 beruht sonach auf allgemeinen, auch für den Fall einer gemeinschaftlichen Beleidgg. durchgreifenden, Prinzipien. So: Finger 1 507 (es liege jedoch im Ermessen des Verletzten, ob er s. Bußanspruch nur gg. einen von mehreren Beteiligten richten wolle), Gf. z. Dohna Buße S. 462 (mit dem zutreffenden Hinweise, daß, nachdem BGB. in den

Digitized by Google

§§ 830, 840 die delikt. Haftung mehrerer grundsätzlich zu einer gesamtschuldnerischen gestempelt habe, bei der zivilrechtl. Natur der zuerkannten B. die Bestimmungen des BGB. unmittelbar auf sie Anwendung fänden); ferner: Berner S. 235, H. Meyer S 377, Rüd.-St. N. 6, v. Wächter Buße S. 69, Herzog GS. 27 204, Flesch GS. 28 301, Dochow HM. „Buße" u. Buße S. 33, Sontag KrVJSchr. 17 220. AM.: Hälschner 1 603 N. 5 (es dürfe jedem Mittäter B. auferlegt werden, ohne daß der Richter genötigt sei, jedem nur eine pars quota der dem Verletzten nach Maßgabe der Beschädigung zukommenden B. aufzuerlegen), v. Schwarze N. 10, Stenglein GS. 24 342, jedem Mittäter könne die volle B., dem Anstifter u. Gehilfen dürfe nur eine bestimmte Quote auferlegt werden, Oppenh.-D. N. 29 ebenso bezüglich verschiedener Mittäter, während der Täter mit dem Anstifter u. Gehilfen gesamtschuldnerisch hafte (N. 14).

Selbstverständlich ist, daß bei mehreren Teilnehmern der Richter berechtigt ist, alle oder nur einen oder einzelne von ihnen zur B. zu verurteilen (N. 5); so, außer den Motiven, insbs. RG. 1 6. Dez. 97 E. 30 367.

10) „Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus" und zwar unbedingt jedem Schadensersatzverpflichteten gegenüber, auch wenn die B. von mehreren verlangt und nur gegen einen erkannt wurde; Kohler Patentr. S. 580, v. Wächter Buße S. 71, v. Weinrich Haftpflicht S. 130 f. Die GM., insbs. auch Finger 1 507, nimmt e contrario an, daß im Falle eines bereits zivilrechtlich (vgl. BGB. §§ 823, 824, 847) erstrittenen Entschädigungsanspruches die Zuerkennung einer B. unzulässig sei; da die Statthaftigkeit der Zuerkennung einer B. aber lediglich nach dem StGB. sich bestimmt, erscheint ein solcher Schluß bei dem Schweigen des Gesetzes nicht gerechtfertigt, vielmehr kann eine bereits im Zivilprozesse erstrittene Entschädigung nur als Zumessungsgrund für die Höhe der B. in Betracht kommen; so: das N. 8 zit. RG. N. 5 734, Gf. z. Dohna Buße S. 540. Finger, v. Weinrich aO. u. Rosenfeld Nebenklage S. 185 N. 191 ziehen weitergehend die Folge, daß, wenn die Zivilentschädigung rechtskräftig abgesprochen worden, auf B. nicht mehr erkannt werden könne; dagegen jedoch mit Recht: Frank N. 11, v. Wächter Buße S. 71, Sontag KrVJSchr. 17 229, auch Kohler S. 579 in Abweichung von seiner früher Patentr. S. 665 vertretenen Ansicht.

11) Im Falle einer Idealkonkurrenz (§ 73 N. 32) kann auf Buße, weil sie keine Strafe ist, auch dann erkannt werden, wenn die Strafe aus einem anderen Gesetze zu verhängen ist. So: RG. II 22. Mai 85 E. 12 223 (btr. Idealkonk. von §§ 223_2 bzw. 223a mit § 340), Binding Grundr. S. 222, 243, Finger 1 508, Hälschner 2 212, H. Meyer S. 441, Frank N. VI u. § 73 N. VI 2, Oppenh.-D. N. 20 u. § 231 N. 1, Stenglein, Herwg, GS. 24 344, 27 197, Habermaas Idealkonk. S. 29, Reinhardt Geldstr. S. 49, Gf. z. Dohna Buße S. 460. AM. Merkel HH. 4 229, unter Anerkennung der Widersinnigkeit des Resultats. Vgl. auch § 200 N. 2_2.

12) Die Vollstreckung der über eine B. ergangenen Entscheidung erfolgt gemäß StPO. § 495 „nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte"; vgl. deshalb § 28 N. 4.

Als prozessuale Folge aus der Natur der B. (N. 2) ergibt sich, daß, wenn das die Zuerkennung der B. ablehnende erste Urteil auf Revision des Angekl. aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen wird, nunmehr im zweiten Urteil dennoch auf B. erkannt werden kann, weil der Verletzte den zivilrechtl. Anspruch auch noch zur Zeit des zweiten Urteils besaß; RG. I 25. Apr. 87 E. 15 439.

Zu § 188. N. 13—15.

13) Nach § 188 kann „in den Fällen der §§ 186 u. 187" auf eine B. erkannt werden. Unzulässig ist sonach eine B. im Falle des § 185; wenn aber, trotzdem die Klage aus § 185 erhoben war, dennoch die Verurteilung wegen übler Nachrede o. Verleumdung erfolgte, ein Fall, der nach StPO. § 424 auch im Privatklageverfahren möglich ist, da in diesem gemäß § 263 das. gleichfalls die Tat, wie dieselbe nach dem Ergebnisse der Verhandlung sich darstellt, Gegenstand der Urteilsfindung ist, so liegt ein Fall des § 186 bzw. § 187 vor.

Digitized by Google

14) Fälle der §§ 186, 187 sind auch dann anzunehmen, wenn jemand wegen Anstiftung oder Beihilfe (§§ 48, 49) zu einem jener Verg. verurteilt wird; es liegt dabei in der Hand des Richters, einen nur in geringem Grade beteiligten Gehilfen mit der Buße zu verschonen. So: Schütze S. 364 N. 5, Stenglein, Herzog, GS. 24 342, 27 303, Reinhardt Geldstr. S. 38. AM. Dochow HM. „Buße" und bezüglich des Gehilfen v. Wächter Buße S. 49 (weil er die Verg. nicht begangen habe; vgl. jedoch §§ 244, 245) sowie Binding Grundr. S. 223 (weil die zivilistische Ersatzpflicht nur auf dem Urheber des Schadens hafte).

Unmöglich kann zu den „Fällen aus §§ 186, 187" eine Verurteilung auf Grund des § 164 gerechnet werden; so: Oppenh.-D. N. 28, v. Schwarze S. 161, Reinhardt aO. S. 32; aM.: Binding Lb. 2 538, Habermaas Idealkonk. S. 71, weil jede falsche Anschuldgg. regelmäßig bzw. wesentlich Verleumdg. sei.

15) Neben die allgemeinen Voraussetzungen für die Zuerkennung der Buße (N. 2, 4, 6) tritt in den Fällen der §§ 186, 187 noch die weitere, daß „die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen (vgl. § 363) des Beleidigten mit sich bringt". Soweit hier von nachteiligen Folgen für die „Vermögensverhältnisse" u. den „Erwerb" des Beleidigten die Rede ist, kommen nur Vermögensnachteile in Frage (das N. 2 zit. RG. E. 15 352); dagegen wird man unter den nachteiligen Folgen für „das Fortkommen" auch jede weitergehende Benachteiligg. des Beleidigten, insbs. auch solche psychischer Natur, zu verstehen haben, soweit sie nur nach richterl. Ermessen für geeignet erachtet wird, das Fortkommen nachteilig zu beeinflussen; vgl. Gf. z. Dohna Buße S. 451.

Aus dem Gebrauche des Präsens („mit sich bringt" und nicht „mit sich gebracht hat") folgt, daß der Prozeß kein abgeschlossener zu sein braucht; es kann deshalb namentl. auch eine bloße Gefährdung der Vermögensverhältnisse ꝛc. schon als „nachteilige Folge" erachtet werden; so die GM.

§. 189.

Wer das Andenken eines Verstorbenen dadurch beschimpft, daß er wider besseres Wissen eine unwahre Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben bei seinen Lebzeiten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet gewesen wäre, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern, der Kinder oder des Ehegatten des Verstorbenen ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 165. StB. S. 641, 652—656.

Vgl. § 194 sowie MStGO. § 63 [1].

1) Die Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen enthält keine Ehrenkränkung des Verstorbenen i. S. der §§ 185—187, da die Ehre ein Rechtsgut ist, dessen Träger nur der Lebende sein kann; so: Berner S. 480 (es handle sich nur um ein Analogon der Verleumdung), Binding Lb. 1 187, Dochow HH. 3 360, v. Liszt S 340, Schütze S. 361; aM. H. Meyer S. 518 u. in gewissem Sinne auch Kohler G. 47 148 ff., der ein „Residuum des Individualrechts des Verstorbenen" für nachlebend ansieht, und dieses auf die Hinterbliebenen übergegangene Recht des Toten als verletzt bezeichnet. Nur unter besonderen Umständen würde durch eine Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen gleichzeitig eine Beleidgg. der überlebenden Familienangehörigen verübt werden können (§ 186 N. 5); die Strafbestimmung des § 189 beruht aber nicht auf diesem Gedanken, vielmehr — nach den Motiven — darauf, daß „das berechtigte religiöse Gefühl zu schützen sei, mit welchem der Überlebende seines verstorbenen Vaters, seiner Mutter, seines Kindes oder seines Ehegatten gedenkt"; es würde hiernach die Bestimmung des § 189, der Absicht des Entw. II

Digitized by Google

entsprechend, richtiger im Abschn. 11 Stellung gefunden haben. AM. Hälschner 2 199 u. v. Liszt aO., die „Familie" als Gesamtpersönlichkt. sei das Angriffsobjekt; vgl. auch Geyer 2 38 sowie das § 185 N. 4 zit. RG. 48 441.

2) „Beschimpfen" ist nicht i. S. des § 166 (das. N. 3) zu verstehen, findet vielmehr seine Erläuterung im § 189 selbst; Hälschner 2 200, Rubo N. 7. Die Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen liegt darnach bei einem Verhalten vor, das einem Lebenden gegenüber als Verleumdung i. e. S. (§ 187 N. 1—3) zu bezeichnen sein würde; demnach findet § 189 keine Anwendung, wenn festgestellt wird, daß die Äußerung mit dem Glauben an die Wahrheit des Geäußerten gemacht ist; RG. III 14. Dez. 81 N. 3 797.

3) Das Wort „Verstorbener" erhält durch Abs. 3 eine Beschränkung; denn indem dort nur die Eltern, die Kinder und der Ehegatte des Verstorbenen als Antragsberechtigte bezeichnet werden, wird in Wahrheit lediglich die Beschimpfung des Andenkens eines solchen Verstorbenen mit Strafe bedroht, dessen Kinder, Eltern oder dessen Ehegatte noch unter den Lebenden weilen. Anderen Beschränkungen unterliegt der Ausdruck „Verstorbener" nicht; § 189 ist deshalb gegebenenfalls auch auf verstorbene Souveräne u. deren Familien anwendbar (§ 95 N. 1; vgl. jedoch auch das das. N. 6 zit. RG. E. 28 171).

Dem „Verstorbenen" ist der für tot Erklärte (BGB. §§ 13—19) gleichzustellen, während die Beleidgg. eines Verschollenen, da er bis zur Todeserklärung als lebend gilt (BGB. § 19), als Beleidgg. eines Lebenden anzusehen ist; Binding Lb. 1 188 (140).

4) Der von der Antragsberechtigung (§§ 61 ff.) handelnde Abs. 3 bildete nach den Beschlüssen der RTkommission den Inhalt eines selbständigen auf § 197 folgenden §.; in der zweiten Beratung wurde jedoch die Umstellung beschlossen, um von vornherein den durch die Fassung des Abs. 1 nahegelegten Gedanken auszuschließen, als ob das Andenken eines Verstorbenen für alle Zeiten gegen Beschimpfungen geschützt sein sollte. Es gilt daher bezüglich der Antragsberechtgg. im Falle des § 189 neben der im Abs. 3 getroffenen Bestimmung auch diejenige des § 194, wie dessen Fassung selbst andeutet.

5) Die antragsberechtigten Personen betreffend (vgl. StPO. § 433$_2$), so sind durch den Ausdruck „Eltern und Kinder" nicht nur weitere Verwandte auf- und absteigender Linie ausgeschlossen (§ 181 N. 4b), sondern es sind darunter, wie aus der ganzen Tendenz des Gesetzes hervorgeht und auch die Fassung der Motive (N. 1) bestätigt, lediglich leibliche Eltern und Kinder zu verstehen (§ 182 N. 4$_2$); so die GM.

In der Fassung der Motive liegt zugleich die Bestätigung dafür, daß „Eltern" nur eine der Kürze halber gewählte Kollektivbezeichnung ist, genau wie „Kinder"; es ist daher ein jeder, d. h. der Vater, die Mutter, jedes Kind, der Ehegatte selbständig antragsberechtigt (§ 182 N. 4$_2$); so die GM. Als „Ehegatte des Verstorbenen" gilt der Überlebende nicht nur im Witwenstande, sondern auch nach erfolgter Wiederverheiratung; so: Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 2; aM. Reber Antragsbel. S. 384. Dagegen beseitigt nicht nur die Ehescheidung, sd. auch die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft (BGB. §§ 1564 ff., 1575 ff.) das ehel. Verhältnis (§ 181 N. 4a) und damit das Antragsrecht.

6) Zu vergleichen ist wg. Anwendbarkeit des § 192 auf § 189 das. N. 1, des § 193 das. N. 2b, des § 200 das. N. 5a.

7) Die ordentliche Strafe ist Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16). Für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13b ff.) ist Geldstrafe von 3—900 M. (§ 28) zugelassen; die für den Fall der Unbeibringlichkeit an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29$_2$ nicht mehr als 6 Mt. betragen. Haft darf nicht substituiert werden, weil die Geldstr. weder allein, noch an erster Stelle angedroht ist (§ 28$_1$); Rubo N. 9.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren, im Falle der Anwendbarkeit des PreßG. § 22 aber in sechs Monaten; so auch RG. II 28. Feb. 99 E. 32 69.

Zuständig ist SchöffenG. oder Strafk. bzw. SchöffenG.; s. o. Abschn. 14 N. 3$_4$.

§. 190.

Ist die behauptete oder verbreitete Thatsache eine strafbare Handlung, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte

Digitized by Google

wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.

PrStGB. § 157. Entw. I § 167, II § 185. StB. S. 655.

Vgl. § 194.

1) **Voraussetzung** des § 190 ist, daß „die behauptete oder verbreitete Tatsache **eine strafbare Handlung**" sei, d. h. eine kriminell strafbare (§ 111 N. 3), wie hier namentl. noch durch den im § 191 gebrauchten Ausdruck „Strafverfahren" bestätigt wird. So: v. Liszt S. 349, Küb.-St. N. 3, v. Schwarze GS. 32 577, Ortloff ThürBl. 43 302, jetzt auch Oppenh.-D. N. 2. AM. Rubo N. 2.

2) „**Der Beweis der Wahrheit** ist als **erbracht** anzusehen, wenn der Beleidigte wegen der in Beziehung auf ihn behaupteten strafb. Hdlg. **rechtskräftig verurteilt worden** ist". Es wird somit zweifellos eine **Ausnahme** von dem im Strafverfahren geltenden Prinzip der freien Beweiswürdigung aufgestellt, indem dem über die Beleidgg. urteilenden Richter die Nachprüfung entzogen ist, ob die Verurteilung des Beleidigten der Sachlage entspreche; Binding Lb. 1 149.

Nicht eine Bestrafung (vgl. §§ 199, 233), sondern nur eine „**Verurteilung**", und zwar eine „**rechtskräftige**" (§ 30 N. 2), wird erfordert, dagegen **nicht** eine **inländische** (so jedoch Kohler G. 47 137); s. aber N. 3_1. Gleichgültig ist, ob sie **vor** oder **nach** der Äußerung (vgl. dagegen N. 3_3), ob sie vor oder nach eingeleiteter Untersuchung erging (§ 191); v. Lilienthal HRl. „Wahrheitsbeweis".

Wird gegen ein rechtskräftiges Urteil die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt (StPO. Buch IV), so ist das Urteil bis zum Erlaß des im § 410_2 StPO. vorgesehenen Beschlusses auf Anordnung der Wiederaufnahme und Erneuerung der Hauptverhdlg. als fortbestehend anzusehen, so daß bis dahin die formelle Vorschrift des § 190 gilt. Mit dem Erlaß des bezeichneten Beschlusses aber ist das frühere Urteil mit allen seinen Rechtswirkungen beseitigt (**RG.** III 11. Juni 88 R. **10** 430) und deshalb nicht mehr geeignet, eine rechtskräftige Verurteilung i. S. des § 190 darzustellen.

Da im § 190 eine formelle Beweisregel aufgestellt wird, so kommt sie nur in dem Stadium zur Anwendung, wo es um die Erhebung des Wahrheitsbeweises sich handelt; deshalb kann, wenn auch die Äußerung zu einer Zeit gefallen war, als noch eine rechtskräftige Verurteilung vorlag, dennoch eine Verurteilung erfolgen, falls das rechtskräftige Urteil inzwischen aufgehoben worden ist.

3) „**Der Beweis der Wahrheit ist ausgeschlossen**, wenn der Beleidigte wegen der in Beziehung auf ihn behaupteten strafb. Handlg. **vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist**". Hierdurch erleiden die allgemeinen Beweisgrundsätze insofern eine **Ausnahme**, als „von dem Erfordernisse allseitiger Beweiserhebung als Voraussetzung der Verurteilung" abgesehen und dadurch „das Beweisthema beschränkt" wird; Binding Normen 2 611, Hälschner 2 201. Gegenüber der auch hier (s. o. N. 2_3) vertretenen Ansicht Kohlers G. 47 138, daß nur eine **inländische** Freisprechg. entscheidend sei, bemerkt Binding Lb. 1 150 zutreffend, daß nach dem Prinzip des § 5^1 eine das inl. Strafr. tilgende ausl. Freisprechung der inl. gleichstehen müsse.

Es fragt sich, was unter „**Freisprechung**" i. S. des § 190 zu verstehen sei. Zunächst scheiden alle die Fälle aus, in denen ein **Sachurteil** nicht ergeht. Aus diesem Grunde greift § 190 namentl. nicht Platz, wenn Einstellung (Freisprechung) wegen eingetretener **Verjährung** (§ 66 N. 8) erfolgte; so: Heinze HH. 2 626, v. Lilienthal HRl. „Wahrheitsbeweis", Frank N. 1 2, v. Schwarze GS. 32 573, Finger KrVJSchr. 43 443; aM. v. Liszt S. 349 N. 1, v. Bar GS. 52 178, insbs. aber Binding Lb. 1 150 u. Hb. 1 826 N. 7, der Beweis der exceptio veritatis werde durch die Verjhrg. deshalb ausgeschlossen, weil diese auf dem Prinzip beruhe, daß das Verbr. nicht mehr festzustellen sei. Dies Prinzip, selbst wenn es zuzugeben ist, steht jedoch der Nachweisbarkeit im einzelnen nicht entgegen. Aber auch, wenn das Urteil auf Freisprechung zu ergehen hatte, ist zu unter-

Digitized by Google

scheiden zwischen den Fällen einer bloßen Straffreisprechung und einer Klagfreisprechung. In jenen Fällen, wo die Schuld anerkannt wird und nur auf Grund besonderer Bestimmungen, wie der §§ 199, 233, von Verhängung einer Strafe abgesehen wird, kann das ergangene lediglich straffreisprechende Urteil den Wahrheitsbeweis offenbar nicht ausschließen. Ist dagegen ein klagfreisprechendes Urteil ergangen, durch das auch die strafrechtl. Schuld des Angeklagten verneint wurde, so liegt die Voraussetzung vor, auch für den Fall, daß die Begehung der zur Anklage gestellten Tat festgestellt war; so: v. Liszt S. 349, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 5; aM. v. Schwarze aO. An sich gehört deshalb auch eine auf Grund des § 56_1 erfolgende Freisprechung hierher; so: Rubo aO., Rüd.-St. N. 5; aM. Frank N. I 2. Allein ob in solchen und ähnlichen Fällen der Beweis der Wahrheit ausgeschlossen ist, wird doch immer davon abhängen, daß wirklich eine „strafb. Hdlg." behauptet wurde; so wird betreffs eines noch nicht Vollstrafmündigen eine strafb. Hdlg. nur dann behauptet, wenn zugleich das Vorhandensein der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht, sei es direkt oder indirekt, behauptet wird; die nackte Tatsache z. B. der rechtswidrigen Aneignung einer fremden Sache seitens einer solchen Person bildet noch nicht den Tatbestand einer strafb. Hdlg. und deshalb ist im Falle ihrer Behauptung trotz erfolgter Freisprechung auf Grund des § 56_1 der Wahrheitsbeweis nicht ausgeschlossen; Schmid Präsumtionen S. 71.

Auf Grund eines RTbeschlusses ist diese Ausnahme jedoch auf den Fall beschränkt, wenn die rechtskräftige Freisprechung vor der Behauptuug erfolgt war (vgl. dagegen N. 2_3). Der Wahrheitsbeweis ist deshalb nicht ausgeschlossen, wenn die Behauptung zwar nach Erlaß des freisprechenden Urteils, aber vor Eintritt seiner Rechtskraft erfolgte. Indem sonach der Zeitpunkt der Behauptung, nicht derjenige der Beweiserhebung, maßgebend ist, zeigt sich, daß der rein formelle Gesichtspunkt bei dieser Bestimmung verlassen ist. Wg. der Wirkung einer Wiederaufnahme des Verfahrens auf die Annahme einer rechtskräftigen Freisprechung s. N. 2_3.

4) Für die Frage, auf welche Arten der Beleidigungen § 190 Anwendung finde, kommt zunächst in Betracht, daß auch im Falle des § 185 ein Wahrheitsbeweis angetreten werden kann, wenn der Beleidiger dem Beleidigten selbst gegenüber eine ehrenrührige Tatsache behauptet (vgl. § 186 N. 3b), oder sonst die beleidigende Äußerung in erkennbarer Weise auf bestimmten konkreten Tatsachen beruht (Berlin 2. Juli 74 O. 15 466). Häufig kommt der Wahrheitsbeweis im Falle des § 185 nur für die Strafausmessung in Betracht; RG. III 11. Feb. 80 E. 1 260. Allein es ist nicht richtig, daß der Wahrheitsbeweis zur Schuldausschließung niemals dienen könne; denn es wird, wie aus dem bereits Hervorgehobenen folgt, unter Umständen die Existenz einer Beleidgg. aus § 185 davon abhängen, ob die behauptete Tatsache wahr sei oder nicht; so: Hälschner 2 204, v. Liszt S. 349; aM.: Motive zum Entw. II § 185, München OLG. 14. Juni 98 E. 10 60 (bei einer Beleidgg., durch eine dem Beleidigten gegenüber gemachte Behauptung einer Tatsache sei der Wahrheitsbeweis unzulässig), Schütze S. 368. Mag aber auch der Wahrheitsbeweis im Falle des § 185 aus dem einen oder dem anderen Gesichtspunkte in Frage kommen, stets ist er nach den allgemeinen Grundsätzen ohne Rücksicht auf § 190 zu beurteilen; es spricht hierfür, daß § 190 mit seinen Eingangsworten ersichtlich an die §§ 186, 187 u. 189 anknüpft, in denen allein von der Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen die Rede ist; dazu kommt, daß die Bestimmungen des § 190 als Ausnahmevorschriften (N. 2, 3), wie auch Hälschner 2 203 u. v. Lilienthal GRl. „Wahrheitsbws." anerkennen, streng auszulegen sind. Demnach ist die Anwendbarkeit des § 190 auf § 185 zu verneinen; aM.: Dochow GG. 3 361, Hälschner 2 204, v. Lilienthal aO., v. Liszt aO. N. 1, v. Wächter S. 392 N. 13, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 4, Ortloff ThürBl. 43 307.

Während § 190 unbestritten seine Hauptanwendung gegenüber § 186 findet, ist über sein Verhältnis zum § 187 bzw. § 189 Streit. Die Anwendbarkeit wird mit Hälschner 2 202, H. Meyer S. 528, v. Wächter S. 392 N. 13, Frank N. II u. Ortloff aO. S. 303 gegen Dochow GG. 3 361 u. Rüd.-St. N. 2 nach der Stellung des § 190 und seinem Eingange zu bejahen sein, soweit nicht die — ein Handeln „wider besseres Wissen" erfordernde —

Digitized by Google

Natur dieser Delikte entgegensteht (§ 187 N. 2); vgl. Passow Kreditgefährdung S. 24. Praktisch genommen findet demnach Satz 1 des § 190 (N. 2), nicht aber Satz 2 (N. 3) auf die §§ 187, 189 Anwendung.

5) Aus der Ausnahmenatur der Bestimmungen des § 190 folgt ferner die Unzulässigkeit ihrer Ausdehnung in sachlicher Beziehung. So ist eine Ausdehnung ausgeschlossen einerseits nach der Richtung einer Beschränkung der freien Beweiswürdigung (N. 2), weshalb z. B. zivilrechtliche Vermutungen für die Ehelichkeit der Geburt im Strafverfahren bedeutungslos sind; Berlin OAG. 6. Sept. 73 O. 14 513; andererseits nach der Richtung einer Beschränkung des Beweisthemas (N. 3), weshalb z. B. die Einrede der Wahrheit nicht auf Grund einer Abstandnahme der Verfolgung seitens der StAschaft wegen mangelnden Beweises abgeschnitten werden darf; RG. I 22. Dez. 79 E. 1 40, Berlin OAG. 12. Sept. 73 St. 3 59, v. Lilienthal HRl. „Wahrheitsbws.".

§. 191.

Ist wegen der strafbaren Handlung zum Zwecke der Herbeiführung eines Strafverfahrens bei der Behörde Anzeige gemacht, so ist bis zu dem Beschlusse, daß die Eröffnung der Untersuchung nicht stattfinde, oder bis zur Beendigung der eingeleiteten Untersuchung mit dem Verfahren und der Entscheidung über die Beleidigung inne zu halten.

PrStGB. § 159. Entw. I § 169, II § 186.

Vgl. § 194.

1) Die Voraussetzung des § 191 ist, daß „wegen der strafb. Hdlg." eine Anzeige gemacht sei; da der bestimmte Artikel unverkennbar auf den vorhergehenden §. zurückweist, so ist die Vorschrift des § 191, wie diejenigen des § 190 (das. N. 4), nur für die Fälle der §§ 186, 187 gegeben, während § 189 nach Lage der Sache nicht in Betracht kommen kann. So v. Schwarze N. 1. AM. einerseits: Hälschner 2 205, v. Lilienthal HRl. „Wahrheitsbws.", Zimmermann GS. 28 435, Ortloff ThürBl. 43 309, nach denen § 191 auf alle vorhergehenden Bestimmungen, andererseits Rüd.-St. N. 1, nach dem er nur auf § 186, und Berlin 4. Juli 72 O. 13 385, nach dem er nur auf § 187 sich beziehen soll.

2) § 191 handelt von dem Falle einer „wegen der — behaupteten — strafbaren Handlung zum Zwecke der Herbeiführung eines Strafverfahrens" gemachten Anzeige. Die Ansicht, daß hier, wie im § 190 (das. N. 1), nur von einer kriminell strafb. Hdlg. die Rede sei, wird durch den Gebrauch des Wortes „Strafverfahren" bestätigt; denn hiermit soll, wie ein Vergleich mit § 164$_2$ (das. N. 15) beweist, entschieden nur ein Kriminal-, nicht auch ein Disziplinar- o. ehrengerichtl. Verfahren bezeichnet werden. So: RG. II 9. Mai 84 E. 10 381, IV 6. Mai 92 G. 40 144, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 2.

3) Die Konsequenz des in N. 2 hervorgehobenen Umstandes führt dazu, daß die Begriffe „Anzeige" und „Behörde" im § 191 anders gefaßt werden müssen als in dem auch das Disziplinarverfahren berücksichtigenden § 164 (das. N. 10, 11, 15). Im § 191 sind beide Ausdrücke in Hinsicht auf die Vorschriften der StPO. zu erläutern. „Anzeige" ist im technischen S. der StPO. § 156 zu nehmen, und die hier mit dem bestimmten Artikel bezeichnete „Behörde" muß eine solche sein, die nach eben derselben Vorschrift zuständig ist; Oppenh.-D. N. 6, 7, Rubo N. 2, Zimmermann GS. 28 440. Eine bestimmte Form der Anzeige wird nicht erfordert; RG. I 9. Dez. 97 G. 46 46.

Übrigens muß, nach dem klar ausgesprochenen S. des Gesetzes, die Anzeige „zum Zwecke der Herbeiführung eines Strafverfahrens" gemacht sein; es findet somit § 191 keine Anwendung, wenn es nur um Vorschützung der Einrede der Wahrheit sich handelt; Hälschner 2 205, Oppenh.-D. N. 5, v. Schwarze N. 4, Zimmermann aO. S. 436.

Gleichgültig ist, wann die Anzeige gemacht wird; sie kann namentl. auch nach Eröffnung des Verfahrens wegen der Beleidgg. geschehen; so RG. IV 6. Mai 92 G. 40 144; aM. Zimmermann aO.

4) Abgesehen von den N. 2, 3 hervorgehobenen Unterschieden erscheinen die Bestim-

Digitized by Google

mungen der §§ 164_2 u. 191, trotz redaktioneller Abweichungen, sachlich gleichbedeutend; vgl. deshalb § 164 N. 15—17.

Wegen des Ruhens der Verjährung vgl. § 69 N. 6IIb. Wird im Falle des § 185 bei angetretenem Wahrheitsbeweise (§ 190 N. 4) mit dem Verfahren und der Entscheidung über die Beleidgg. innegehalten, so kann solches nur auf Grund der StPO. § 261_2 geschehen; es handelt sich folglich, da § 191 keine Anwendung findet (N. 1), nicht um eine Vorfrage, deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgen muß, weshalb auch ein Ruhen der Verjährung nicht stattfindet.

5) Wird dem § 191 entsprochen, so muß demnächst nach § 190 S. 1 (das. N. 2) der Wahrheitsbeweis als geführt erachtet werden, wenn das auf die Anzeige eingeleitete Strafverfahren mit rechtskräftiger Verurteilung endet — es ist dagegen nicht, wie Berner S. 494 annimmt, jedes in dem Verfahren ergehende Endurteil für den Wahrheitsbeweis präjudiziell; vgl. auch Rüd.-St. N. 4.

6) Wird der Vorschrift des § 191 entgegen mit dem Verfahren über die Beleidgg. nicht innegehalten, so liegt, wie im Falle des § 164_2 (das. N. 18), die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren vor; RG. I 26. Feb. 85 E. 12 53, IV 6. Mai 92, I 9. Dez. 97, G. 40 144, 46 46. Abweichend vom § 164 tritt der imperative Charakter der Vorschrift im § 191 infolge der Fassung („ist") mehr hervor; eines Antrages des Angeklagten bedarf es also nicht; er kann folglich in der Revisionsinstanz eine Verletzung des § 191 selbst dann noch rügen, wenn er auf ihn in der Vorinstanz sich nicht berufen hatte; so zitt. RG. E. 12 53, G. 40 144, Rüd.-St. N. 6 u. v. Schwarze GS. 32 574, während Zimmermann GS. 28 438 zu Unrecht von einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Maßregel spricht. Übrigens hat der Revisionsrichter wegen des prozessualen Charakters der Rüge selbständig zu prüfen, ob in der Tat zu dem bezeichneten Zwecke eine Anzeige erstattet ist; zit. RG. G. 46 46.

§. 192.

Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache schließt die Bestrafung nach Vorschrift des §. 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

PrStGB. § 158. Entw. I § 168, II § 187.

Vgl. § 194.

1) Seinem Eingange nach scheint § 192 auf dieselben Fälle, wie § 190 (das. N. 4), Anwendung zu finden. Allein einerseits scheidet der Fall des § 189 aus; denn, wenn die Wahrheit der in bezug auf einen Verstorbenen behaupteten Tatsache feststeht, so kann von einem aus § 185 strafb. Verg. der Beleidgg. des Verstorbenen nicht die Rede sein (§ 189 N. 1); aM.: v. Lilienthal HRl. „Wahrheitsbws.", Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze GS. 32 569. Andererseits erleidet der aus der Natur der Sache folgende Grundsatz des § 192 auch dann Anwendung, wenn im Falle des § 185 ein Wahrheitsbeweis erbracht wurde (§ 190 N. 4); so: Hälschner 2 206, v. Lilienthal HRl. „Wahrheitsbws.", v. Liszt S. 349, v. Schwarze aO., Gabler Üble Nachr. S. 42 f.; aM.: München OLG. 14. Juni 98 E. 10 60, Rüd.-St. N. 1, § 192 finde nur auf die §§ 186, 187 Anwendung, ferner Binding Lb. 1 147, der § 192 unmittelbar auch auf § 185 bezieht u. ihn ferner bei der sog. subjektiven Wahrheit, d. h. der Annahme der Wahrheit der ehrenrührigen Behauptung anwenden will, falls eine Rechtspflicht o. ein Recht zur Darlegung des für wahr Gehaltenen bestand. In den letzteren Fällen wird es sich aber nicht um Anwendbarkeit des § 192, sondern des § 193 handeln.

2) Die Behauptung oder Verbreitung einer erweislich wahren Tatsache ist an sich nichts Rechtswidriges und folglich keine strafbare Beleidgg.; RG. III 29. Jan. 81 E. 3 328. Das Vorhandensein einer eine Bestrafung aus § 185 bedingenden Beleidgg. kann alsdann nur unter besonderen Umständen angenommen werden (vgl. jedoch für den Fall, daß der Tatsachenbehauptung noch weitere beleidigende Äußerungen hinzugefügt sind, RG. II 2. Jan. 00 E. 33 50). Dieses muß insbs. auch bezüglich der sog. Schutzgenossenschaften gelten, die

Digitized by Google

ihren Mitgliedern die tatsächliche Mitteilung zugehen lassen, daß ein bestimmt bezeichneter Schuldner eine fällige Schuld nicht berichtigt habe; Cordes G. 28 420 f.; vgl. RG. II 7. Nov. 79 G. 27 457, das in concreto Beleidgg. verneinte.

Nach der positiven Fassung des § 192 kann, falls der Wahrheitsbeweis im Falle einer Klage aus § 186 o. § 187 geführt wurde, eine Verurteilung aus § 185 nur ausgesprochen werden, wenn das Vorhandensein der Beleidgg. entweder auf Grund „der Form der Behauptung oder Verbreitung" oder auf Grund „der Umstände, unter welchen sie geschah" festgestellt wurde (vgl. deshalb § 193 N. 10 ff.); anderenfalls würde § 192 verletzt sein; Stuttgart 1. Juli, 7. Okt. 74, St. 4 43, 145. Insbs. kann deshalb die Feststellung des Bewußtseins des Äußernden, daß die gebrauchten Ausdrücke eine Beleidgg. enthalten, nicht genügen, da dieses ein allgemeines Tatbestandsmerkmal der Beleidgg. ist; RG. III 29. Jan. 81 E. 3 328.

3) Im Falle einer aus § 186 o. § 187 erhobenen Klage gehört die Prüfung eines beantragten Wahrheitsbeweises zu der durch die StPO. §§ 153, 154, 263, 424 vorgeschriebenen Erschöpfung der erhobenen Klage; der Beweisantrag darf daher auch nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil jedenfalls eine Bestrafung aus § 185 gerechtfertigt sei; RG. III 11. Feb. 80 E. 1 261, Hälschner 2 207, v. Lilienthal HRl. „Wahrheitsbws.", Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3.

Ob übrigens bei einer solchen Klage im Falle geführten Wahrheitsbeweises Anlaß zu der Prüfung nach dem Vorliegen einer Beleidgg. aus § 185 geboten sei, untersteht der richterlichen Beurteilung auf Grund der stattgehabten Verhandlung; RG. III 13. Okt. 80 E. 2 379.

4) § 192 findet auch Anwendung, wenn der Beweis der Wahrheit auf Grund des § 190 als erbracht anzusehen ist. Die Verbreitung eines in Beziehung auf einen anderen ergangenen rechtskräftigen Strafurteils ist deshalb nur dann aus § 185 strafbar, wenn die Beleidgg. aus der Form der Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht. Von einer Beleidgg. kann daher keine Rede sein, wenn jemand, dem auf Grund des § 200 die Befugnis zur Veröffentlichung eines Urteils zugesprochen ist, soweit es auf eine Beleidgg. sich bezog (§ 200 N. 6), das gesamte, auch andere Verg. betreffende Urteil bekannt macht, weil eine Sonderung nach dem Inhalte des Urteils nicht angängig war.

§. 193.

Tadelnde Urtheile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, ingleichen Aeußerungen, welche zur Ausführung oder Vertheidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urtheile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

PrStGB. § 154. Entw. I § 165, II § 188. StB. S. 645—650, 655.

Vgl. § 194.

Absicht 3. beleidigen 14.
Ähnliche Fälle 8.
Amts wegen, Prüfung v. . . 3 4.
Anwendungsgebiet 2;
Anwendung speziell auf Berichte über Gerichtsverhandlungen 3 3, 8 h, auf die Presse 3 2, 6 c, 8 g.
Anzeigen, dienstliche 7 b, wg. strafb. Hdlgen 6 a, b, 12 a, 13.
Auskunftsbureaus 6 letzt. Abs.
Äußerung, Form d. . . 11;
z. Ausführung v. Rechten 5,
z. Wahrnehmung berechtigter Interessen 6.
Bedeutung des § 193: 1.
Berichtigungen i. S. der PreßG. 6 a, 6 c.
Fälle, ähnliche, 8.
Form d. Äußerung 11.
Fragestellung 15.
Gerichte, Veröffentlichng. von Urteilen 8 g, aus Verhandlgen derselben 3 2, 8 h.
Grund des § 193: 1.
Inhalt d. Äußerung 13.
Interessen, berechtigte 6 2, insbs. eigene, mittelbare 6 b, unmittelbare 6 a, fremde 6 c.
Mittäterschft. 15.
Motive der Äußerung 13.
Presse 3 2, 6 c, 8 g; s. auch Berichtigungen.
Schuldfrage 16.
Schutzgenossenschaften 6 letzt. Abs.
Strafbarkeit, Voraussetzngen 10.
Überschreitung der Grenzen des

Digitized by Google

Rechts zur Wahrnehmung berechtigter Interessen 14 c.
Umstände, begleitende ... d. Äußerung 12.
Unbegründetheit, Unerweislichkeit, bewußte 12.
Urteile, tadelnde ꝛc. 4, Veröffentlichung v. U. d. Gerichte 8 g.
Voraussetzungen im allg. 3.
Vorhaltungen u. Rügen 7 a.
Vorhandensein einer Beleidgg. 14.
Wahrnehmung berechtigter Interessen 6, Überschreitung der Grenzen 14 c.
Zweck, durch § 193 geschützter 9, der Äußerung 13.

1) Eine Kundgebung, die einen ehrenkränkenden Charakter trägt und im Bewußtsein dessen erfolgt ist, enthält (vgl. § 185 N. 13) trotzdem nur dann eine Beleidgg., wenn ihr das Moment der Rechtswidrigkeit beiwohnt (vgl. über die „Rechtmäßgkeit d. Ehrverletzg." Wilhelm GS. 45 161 ff.); was gestattet ist, kann zwar verletzen, aber von der Rechtsordnung nicht als Unrecht behandelt werden; Kohler G. 47 44. Ob eine Kundgebung rechtswidrig sei, ist in vielen Fällen schwierig zu entscheiden; deshalb gibt § 193 in positiver Weise aus Zweckmäßigkeitsgründen (H. Meyer S. 525, Frank N. 1 u. G. 35 46, John ZStrW. 1 282) einen Anhalt für die konkrete Beurteilung dieser Frage, indem gewisse bestimmt charakterisierte Kundgebungen und „ähnliche Fälle" nur insofern für strafbar erklärt werden, als das Vorhandensein einer Beleidgg. „aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht" (vgl. § 192 N. 2).

Hierin liegt — ob mit Recht kann der positiven Regelung gegenüber hier dahingestellt bleiben — ausgedrückt, daß anderenfalls die zum Tatbestande einer Beileidgg. erforderliche Rechtswidrigkeit nicht angenommen werden kann; Kohler aO., Hofner Ehrverletzgen S. 6; vgl. außerdem die Zitate in N. 13 zu § 185 sowie ferner: RG. III 17. Jan. 80 E. 1 83 (mit nicht glücklichem Wortausdruck; vgl. John aO.), II 5. Nov. 86 E. 15 15, Berlin 14. Juni 73, Stuttgart 8. Okt. 73, St. 3 9, 186, welche die Bedeutung des § 193 in ähnlicher Weise charakterisieren), woraus weiter folgt, daß bei einer wg. Beleidgg. mittels Druckschrift erhobenen Anklage § 42 i. V. mit § 41 insoweit, als dem Angekl. der Schutz des § 193 zugebilligt wird, außer Anwendung bleiben muß; RG. II 19 Feb. 97 E. 29 401, II (nicht III) 10. Mai 04 G. 51 357 (letzteres insbs. für den Fall einer Freisprechung auf Grund des § 51, die mit der Anwendung des § 193 nicht in Widerspruch stehe).

2 a) Daß § 193 auf die Fälle des § 186 Anwendung findet, ist nicht zweifelhaft; so die GM., insbs.: RG. II 7. Jan., 19. Dez. 90, E. 20 164, 21 250 (vgl. auch die N. 12, insbs. a, zitt. Entsch.), München OberstesLG. 1. März 04 E. 4 257; vgl. allerdings andererseits I 9. Jan. 93 E. 23 422, auf das N. 1 zit. E. 15 15 Bezug nehmend.

b) Sehr streitig ist dagegen die Anwendung auf die Fälle des § 187 u. folgeweise auch des § 189. Aus der Entstehungsgeschichte ist nichts zu entnehmen, insbs. läßt die Bemerkung der Motive, durch die Stellung des dem § 193 im Entw. II entsprechenden § 188 habe die Frage bejaht werden sollen, daß er „auch, nach Befinden, in den Fällen des § 184 Anwendung finde", kaum für die Bejahung sich verwerten, da der zit. § 184 des Entw. II ein Handeln „wider besseres Wissen" überhaupt nicht erfordert, folglich in Wahrheit nur dem § 186 StGB. entspricht, während § 187 neu eingeschaltet ist. Immerhin ist nicht zu verkennen, daß die Stellung des § 193 an sich für seine Anwendung auf alle vorhergehenden Tatbestände des Abschn. 14 spricht (Loycke G. 37 446 N. 1), namentl. aber, daß in der Tat — wenn auch nur ganz ausnahmsweise — Fälle sich denken lassen, in denen jemand ein Recht zur Seite steht, sogar eine verleumderische Beleidgg. auszusprechen; so ist die Möglichkeit anerkannt worden, daß selbst einem aus § 187 Angekl., der in der Hauptvhdlg. seine wissentl. falsche Behauptung verteidigungsweise als wahr aufrechterhält, wegen dieser letzteren Behauptung, insofern ihr die sachliche Bedeutung eines Leugnens der belastenden Tatsache zukommt, der Schutz des § 193 zustehe; RG. I 10. Okt. 81, 31. März 98, E. 5 56, G. 46 205; insoweit auch sachlich übereinstimmend Binding Lb. 1 155 N. 1 u. Kohler G. 47 104 (s. im übrigen unten); so ferner: RG. IV 7. Juni 87 E. 16 139, II 5. Feb. 92 G. 39 427 (während die entgegenstehende Ansicht von III N. 3 662 von diesem Senat selbst aufgegeben ist; vgl. G. 46 205), auch IV 19. März 01 E. 34 222 (ausweislich des Einganges der Begründung, obschon demnächst im Wortlaut zu weitgehend), Dresden 19. Jan. 72, 18. Juli 73, St. 1 277, 3 105, München OberstesLG. 18. Okt. 02 E.

Digitized by Google

3 54, v. Liszt S. 344, Lucas S. 302, H. Meyer S. 530, Schütze S. 369, Frank N. II u. S. 35 47, Oppenh.-D. N. 1, Freudenstein Ehrenkr. S. 79 N. 2, v. Buri GS. 33 426 (vgl. aber auch das. 26 570), Kronecker, v. Bülow GS. 38 521, 46 275 N. 1, sowie btr. § 189 v. Schwarze § 189 N. 3. AM.: Berlin OTr. 8. Mai, 23. Okt. 73, 13. Apr., 31. Okt. 77, 3. Mai 78, St. 3 59, 188, O. 18 274, 685, 19 243, KG. 21. Nov. 89 G. 37 446, Mannheim 18. Apr. 74, Stuttgart 26. Mai 75, St. 4 330, 5 60, Binding Lb. 1 152, 155, Dochow HH. 3 346, Hälschner 2 186, Rüd.-St. N. 13 u. § 187 N. 2, v. Schwarze N. 2 u. GS. 32 582, John ZStrW. 1 285, Kohler G. 47 103 f. (unter Hinweis auf BGB. § 824), Rotering GS. 62 59, Passow Kreditgefährdg. S. 22.

c) Auf andere strafb. Hdlgen als die aus diesem Abschn. strafbaren Beleidggen findet § 193 als solcher keine Anwendung; so das Abschn. 14 N. 2_3 zit. RG. N. 10 490 (btr. der Strafbestimmung des HannPolStGB. § 72 gegen ungebührliche Äußerungen in Eingaben an Behörden) sowie II 8. März 93 E. 31 63 (btr. G. z. Bekämpfg. d. unl. Wettbewerbes v. 27. Mai 1896 § 7); ferner RMG. I 14. Okt. 01, 14. Mai 02, II 14. März 03, E. 2 34, 3 36, 4 260 (sämtlich btr. MStGB. § 91), I 10. Juni 01, 2. Juni 02, E. 1 178, 3 84 (btr. MStGB. § 121). Das Gesagte gilt insbs. auch btr. des § 164 (das. N. 12_3), ja auch betreffs der Majestätsbeleidggen i. w. S. aus Abschn. 2; vgl. § 95 N. 7 sowie btr. § 99 RG. II 25. Jan. 89 E. 18 382, die Anwendbarkeit des § 193 in Fällen des § 99 gleichfalls verneinend. Das schließt aber die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Dolus, auch insoweit diese materiell im § 193 einen Ausdruck gefunden haben, nicht aus; vgl. § 95 N. 7_2 sowie die zitt. RMG. E. 1 178, 3 36, 84.

3) Bezüglich der Voraussetzungen des § 193 im allgemeinen ist hervorzuheben, daß sie keineswegs rein tatsächlicher, vielmehr zugleich rechtlicher Natur sind, so daß eine Nachprüfung bezüglich des Vorliegens einer der Voraussetzungen in der Revisionsinstanz eintreten kann; RG. III 17. Jan. 80 E. 1 83. Im wesentlichen werden zwar tatsächliche Erwägungen Platz zu greifen haben; vgl. z. B. RG. III 17. Dez. 88 N. 10 724 u. Berlin 17. Feb. 75 St. 5 59, letzteres den Fall der Erwiderung einer Beleidgg. durch eine beleidigende Kritik der Handlungsweise des Gegners betreffend.

Es gilt dies namentl. auch bezüglich der Äußerungen in der Presse, hinsichtlich deren lediglich die allg. Grundsätze Anwendung finden, weshalb auch zwischen den Redakteuren eines Fachblattes u. einer politischen Zeitung kein Unterschied zu machen ist; ein Recht der Presse, im öffentl. Interesse vermeintliche Übelstände mit Verletzung der Ehre anderer zu rügen, gibt es nicht, u. auch aus der allg. Tendenz, Richtung u. Bestimmung eines Blattes kann eine solche Berechtigung nicht hergeleitet werden; die Presse genießt den Schutz des § 193 nicht weiter u. anders, wie jede Privatperson; so die GM., insbs.: RG. II 16. Dez. 81, 3. Juli, 21. Sept. 83, 5. Nov. 86, 1. Juli 87, 27. Apr. 94, E. 5 239, N. 5 490, 541, E. 15 15, N. 9 395, E. 25 355, IV 11. Nov. 92, I 9. Jan., 2. Juni, 13. Okt. 93, E. 23 285, 422, 24 223, 304 (vgl. übrigens N. 6c, 8g); gg. die Auffassung des RG. neuerdings insbs. Kohler G. 47 110 ff., 49 147, u. mit ihm im Ergebnisse übereinstimmend Rotering GS. 62 44 ff.

Dsgl. gelten bezüglich der — wenn auch wahrheitsgetreuen — Berichte über öffentliche Gerichtsverhandlungen die allg. Grundsätze; keineswegs sind sie „von jeder Verantwortlichkeit frei", indem das im § 12 gegebene Privileg einer Ausdehnung nicht fähig ist; so: RG. I 20. Nov. 79 E. 1 19, Berlin 15. Okt. 74, 12. Juli 75, St. 4 325, O. 16 537, Binding Hb. 1 691 N. 5, Hälschner 2 183 N. 1, Kayser HH. 4 614; auch München OLG. 28. Sept. 97 E. 9 339 (das jedoch bei wahrheitsgetreuen Berichten § 192 anwenden will). Vgl. übrigens N. 8h.

Ob eine der Voraussetzungen des § 193 vorliege, hat der Richter nach der Sachlage von Amts wegen zu prüfen; RG. III 16. Juni 80 E. 2 181, II 4. Nov. 81 N. 3 685. Über das Resultat der Prüfung sich auszusprechen, ist er freilich prozessual nur verpflichtet, wenn der Angeklagte einen Fall des § 193 für sich in Anspruch nimmt; RG. zit. E. 2 181, II 21. Sept. 80, III 29. Jan. 81, E. 2 251, 3 328. Es braucht dies nicht ausdrücklich mit den Worten des Gesetzes zu geschehen (vgl. RG. IV 6. Apr. 97 E. 30 39) und

Digitized by Google

liegt jedenfalls in der Behauptung, zu der Äußerung sich für berechtigt gehalten zu haben; Berlin OAG. 12. Okt. 72, 19. Nov. 75, St. 2 98, O. 16 739; dsgl. beim Bestreiten der Absicht, zu beleidigen (so zit. RG. E. 2 251), dagegen nicht ohne weiteres in der Behauptung, daß die inkriminierte Äußerung nur eine Kritik enthalte; RG. III 16. März 81 E. 3 433. Ein Nichtaussprechen über die Frage kann aber nach der festgestellten Sachlage, auch falls eine prozessuale Nötigung zur Erörterung nicht vorlag, *materiell* das Bedenken ergeben, ob § 193 berücksichtigt worden sei.

Nach StPO. § 262 bedarf es übrigens zu einer Verneinung des Vorliegens einer Voraussetzung des § 193 einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen, anderenfalls gilt die behauptete Voraussetzung als bejaht; RG. II 16. Jan. 80 E 1 80.

4) „*Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen*". Nach Kronecker GS. 38 560 soll der Grund der Straflosigkeit einer auch an sich verletzenden Kritik auf der Einwilligung des Verletzten (E. I Abschn. 4 N. 10) beruhen und sei deshalb lediglich aus diesem Gesichtspunkte festzustellen, inwieweit die Kritik zulässig sein könne. S. hiergegen N. 1 u. Rotering GS. 62 31 sowie Hofner Ehrverletzungen S. 13, letzteren S. 15 ff. auch im allgemeinen zu dem Begriff der Urteile und der wissenschaftl., künstlerisch. u. gewerbl. Leistungen. Zu beachten ist, daß das Gesetz nur tadelnde Urteile über *Leistungen* hervorhebt, die Zulässigkeit solcher Urteile über die Person unterliegt also den allgem. Normen; aM. Frank N. III 1. Über „ähnliche Fälle" (N. 8) i. S. dieser Bestimmung vgl. Rotering aO. S. 33, der mit Recht hierher zählt: Urteile über politische Leistungen, sowie über zivile oder militärische Dienstthätigkeit, ferner über den künstlerischen nahestehende körperliche oder technische Produktionen (wie Tanzen, Reiten, Fahren, Schießen 2c.), endlich den Urteilen über gewerbliche Leistungen ähnliche Urteile über Leistungen der Landwirtschaft, der Hofarbeiter oder über Leistungen, die ihrer Natur nach als gewerbliche erscheinen, ausnahmsweise aber freiwillig u. unentgeltlich übernommen sind (Tätigkeit einer freiw. Feuerwehr, Liebhaber- u. Dilettantenvorstellungen u. dgl.).

5) „*Äußerungen zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten*". Die Ausführung von Rechten umfaßt nicht nur die eigentl. Rechtsausübung (Klage, Beschwerde, Mahnung), sd. auch die Handlgen, die der Vorbereitung o. Sicherung der Geltendmachung des Rechts dienen (Vergleichsvorschläge, Anträge aus BGB. § 1606$_3$), vorausgesetzt, daß die Grundlage solcher Ausführungen ein *Recht*, nicht bloß eine unbestimmte Hoffnung ist; Rotering GS. 62 35. Die „*Verteidigung*" von Rechten insbs. setzt einen erwarteten o. stattgehabten Angriff voraus. Alle dergl. Äußerungen sind an sich auch dann nicht strafbar, wenn die Wahrung von Rechten gegenüber einer anderen Person stattfand als derjenigen, deren Ehre durch die Äußerung gekränkt wurde, so z. B. wenn in einem Prozesse btr. Unterhaltspflicht für ein unehel. Kind Beklagter den Einwand erhebt, der Klägerin habe in der Empfängniszeit ein Ehemann beigewohnt; Berlin 22. Dez. 75, 7. März 7, O. 16 814, 18 190.

6) „*Äußerungen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen*"; durch die Aufnahme dieser Kategorie, die infolge RBeschlusses gegen den Widerspruch des Bundesratsbevollmächtigten erfolgte, ist im Grunde die in N. 5 hervorgehobene Kategorie, als begrifflich in diese hineinfallend, überflüssig geworden; Kronecker GS. 38 508. Übrigens kann nicht zweifelhaft sein, daß i. S. des § 193 auch besonders durch den Umstand, daß die Äußerung „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen" erfolgt, die *Rechtswidrigkeit* einer etwa in ihr liegenden Beleidigung ausgeschlossen wird (N. 1), mag auch mit der Aufnahme dieser Kategorie in den § 193 keineswegs eine selbstverständliche, sondern vielmehr eine dispositive Bestimmung getroffen sein, durch die für Beleidigungsdelikte gegenüber allen anderen Delikten insofern eine Ausnahmestellung geschaffen ist, als diese durch den Zweck ihrer Verübung nicht außer Verantwortung gestellt werden; vgl. RG. I 10. Okt. 81 E. 5 56, sowie Merkel S. 294, Kronecker aO. S. 520, v. Bülow GS. 46 276.

Darüber, was unter „*berechtigten Interessen*" zu verstehen sei, sind die Ansichten in der Theorie u. Praxis — namentl. auch in der des RG. — sehr auseinandergegangen, worüber die entsprechende Note der 5. Aufl. sowie Kohler G. 47 44 ff., 101 ff., Rotering

Digitized by Google

GS. 62 38 ff. u. die Übersicht der höchstrichterl. Rechtspr. bei Hofner Ehrverletzungen S. 36 ff. zu vergleichen. Wesentlich im Anschluß an die Ausführungen von v. Bülow GS. 46 261 ff. ist jedoch jetzt die Praxis aller Strafsenate des RG. prinzipiell übereinstimmend zu der Ansicht gelangt, daß der Begriff der „berechtigten Interessen" nicht aus Rechtsnormen außerhalb des StGB. sich ableiten lasse, sondern daß es vielmehr um einen wesentlich strafrechtlichen Begriff sich handle, der nach dem der Aufnahme jener Kategorie in den § 193 zugrunde liegenden Gedanken dahin führt, im Einzelfalle auf Grund billiger, verständiger Beurteilung der Sachlage zu bestimmen, ob es eine den Täter selbst nahe angehende Angelegenheit sei, die ihm die subjektive Befugnis zur Wahrnehmung von Interessen verleihe, die wieder nicht dem Rechte und den guten Sitten zuwiderlaufen dürfen; vgl. RG. IV 11. Nov. 92, 13. Okt. 93, 16. Jan., 25. Sept. 94, 28. Okt. 96, 9. Apr. 97, E. 23 285, 24 304, 25 67, 26 76, 29 147, 30 41, 26. März 97 G. 45 53, I 9. Jan. 93, 31. März 98, E. 23 422, G. 46 205, II 27. Sept. 95 G. 43 384, III 9. Dez. 97 G. 46 45, RMG. I 26. März, II 9. Dez. 03, E. 4 279, 6 155. Als dem Recht zuwiderlaufend ist dabei, unter Versagung des Schutzes des §., vom RG. angesehen: die Beleidgg. eines anderen zwecks Herbeiführung eines Strafverfahrens gg. sich selbst; III 17. Sept. 00 G. 47 432; ehrenrührige Nachrede in bezug auf einen Wahlkandidaten wider besseres Wissen zu wahlagitatorischen Zwecken; IV 29. Sept. 00 G. 50 400; Erregung von Sensation als alleiniger Zweck einer Kundgebung; II 6. Nov. 03 E. 36 422. Von dem dargelegten grundsätzlichen Standpunkte aus ist es nicht nur möglich, daß der Einzelfall eine abweichende Beurteilung erfährt, ohne daß sich sagen ließe, die eine o. die andere Ansicht sei rechtsirrig, sondern auch erklärlich, daß das Revisionsgericht selbst eine den Täter „nahe angehende" Angelegenheit aus Momenten ableitet, denen nicht mehr — wie früher — zugestanden wird, daß sie grundsätzlich als solche schon „berechtigte Interessen" darstellten. Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Äußerungen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen können zunächst vorliegen, wenn es um die Wahrnehmung unmittelbar eigener (höchstpersönlicher) Interessen sich handelt, wie z. B. bei der Zurechtweisung eines Dienstboten wegen grober Vernachlässigung der Dienstpflicht (München 3. Mai 73 St. 2 315) oder bei der Anzeige einer strafb. Hdlg. seitens des Verletzten (Berlin 27. Juni 78 St. 8 416) oder bei einer Berichtigung i. S. des PreßG. § 11 seitens des Beteiligten (RG. III 9. Okt. 80 E. 3 40) oder bei der Verteidigung der Ehre, die durch Reden eines anderen, insbs. straflose Äußerungen eines Abgeordneten in seinem Berufe tatsächlich bedroht war (RG. III 22. Feb. 82 R. 4 183). Verneint wurde dagegen die Wahrnehmung eines eigenen Interesses in einem Falle, wo die gegen eine politische Partei gerichteten Vorwürfe nicht so gefaßt waren, daß sie eine erkennbare Beziehung zu der betreffenden, allerdings der Partei angehörigen, Person hatten; RG. IV 16. Nov. 86 R. 8 714.

b) Solche Äußerungen können auch dann vorliegen, wenn sie nur mittelbar eigene Interessen des sie Wahrnehmenden sind, so wenn sie eine Mehrzahl von Individuen, insbs. einen in sich als Ganzes organisierten und dadurch gegen die Allgemeinheit abgegrenzten Personenkreis, wie einen Verein, eine Genossenschaft, eine Land- o. Stadtgemeinde — sei es ideell o. materiell — berühren und die Teile des Ganzen dadurch in Mitleidenschaft versetzen (RG. III 21. Mai 94 E. 25 363, Berlin 10. Apr., 25. Nov. 74, St. 4 43, 331), so namentlich auch, wenn jemand in seiner Eigenschaft als Staatsangehöriger eine ihn nicht unmittelbar berührende strafb. Hdlg. anzeigt (RG II 16. Jan. 80, 1. Nov. 81, 7. Jan. 90, E. 1 80, 5 121, 20 164, Berlin 2. Apr. 79 D. 20 174), oder zur Vorbereitung einer solchen Anzeige Schritte behufs Beschaffung näherer Aufklärung tut; RG. IV 2. Feb. 86 R. 8 108. Unter denselben Gesichtspunkt hat das Abs. 2 zit. RG. G. 46 45 auch die in einem Flugblatt enthaltene Kritik einer unnötigen, aber nicht unter § 360[13] fallenden, Tierquälerei gebracht, indem ausgeführt wurde, daß „das öffentl. Interesse vorwiegend ethischer Natur diene, daß solche Tierquälereien unterblieben, ein mittelbar eigenes Interesse eines einzelnen, zumal eines solchen, der den Vorkommnissen irgendwie nahe steht, um so mehr in sich schließen könne, als sie bei dem einzelnen Ärgernis zu erregen geeignet seien".

Digitized by Google

c) Selbst Äußerungen zur Wahrnehmung fremder Interessen können unter § 193 fallen, aber infolge des oben aufgestellten Grundsatzes doch nur dann, wenn dem Täter solche Wahrnehmung infolge einer konkreten näheren Beziehung zusteht, insofern also die Wahrnehmung der fremden Interessen eine den Täter selbst nahe angehende Sache ist (vgl. v. Bülow aO. S. 284 u. GS. 48 1 ff. sowie zit. RG. E. 30 41). Die erforderliche Beziehung liegt z. B. vor, wenn ein Rechtsanwalt oder ein sonstiger Bevollmächtigter (auch ein sog. Volksanwalt, der die Wahrnehmung fremder Interessen zu seinem Beruf gemacht hat) die Interessen seines Auftraggebers, ein Vormund, ein ordnungsmäßig bestellter Vorstand eines Vereins die Interessen der von ihnen Vertretenen, ein Handlungsbevollmächtigter diejenigen seines Prinzipals wahrt (RG. I 22. Jan. 80 R. 1 260, III 24. Dez. 79, II 21. Sept. 80, E. 1 128, 2 251, Berlin OAG. 14. Juni 73 St. 2 348), oder wenn ein Zeitungsredakteur einen Artikel i. S. einer Berichtigung auf Grund des PreßG. § 11 veröffentlicht; RG. III 9. Okt. 80 E. 3 40. Hierher gehören weiter vertrauliche Mitteilungen, die bestimmt sind, eine Gefahr von der Person o. dem Vermögen des Empfängers der Mitteilung abzuhalten (vgl. BGB. § 824$_2$), ebenso die sog. kaufm. Referenzen; Rotering GS. 62 47. Aus diesem Gesichtspunkte ist endlich auch zu beurteilen, ob und inwieweit Mitteilungen sog. Schutzgenossenschaften zur Sicherung gegen schlechte Schuldner o. der Schuldeneinziehungs- u. Auskunftsbureaus als Äußerungen zur Wahrnehmung fremder Interessen straflos sind. Wegen der letzteren vgl. auch § 240 N. 7 sowie Rotering GS. 62 46 u. insbs. RG. IV 19. Apr. 04 E. 37 104, mit der Ausführung, die von dem Inhaber eines sog. Schuldeneinziehungs- u. Auskunftsbureaus bei Eintreibung einer fremden Forderung für den Fall, daß die Mahnung unbeachtet bleibe, häufig gemachte Androhung der „Aufnahme in die Liste böswilliger Schuldner, die allen seinen Kunden vorgelegt werde", auch wenn die gewerbsmäßige Auskunftserteilung über die Kreditwürdigkeit von Personen an hierüber anfragende Kunden den Gegenstand des Geschäftsbetriebes bilde, keineswegs unter allen Umständen die Wahrnehmung berechtigter Interessen in sich schließe; eine solche Feststellung könne nur insoweit getroffen werden, als aus den vorliegenden Umständen im Einzelfalle die Überzeugung des Gerichts abzuleiten sei, daß die betr. Mitteilung zur Befriedigung jenes Schutzinteresses der Geschäftskunden dienen sollte; Voraussetzung dafür sei, daß der die Auskunft Erteilende selbst daran glaube, der Schuldner verweigere Zahlung aus bösem Willen.

Dagegen machen sittlich (ethisch) zu rechtfertigende oder selbst berechtigte Gründe die Wahrnehmung fremder Interessen, auch falls Täter in der ernstlich gemeinten Absicht handelte, dieses fremde Interesse wahrzunehmen, noch nicht zu einem „berechtigten" i. S. des § 193 — es sei denn, daß sie im Einzelfalle ein mittelbar eigenes Interesse des Täters zu begründen imstande sind; vgl. das zu b zit. RG. E. 46 45 sowie II 6. Nov. 03 E. 36 422. Das Gesagte gilt namentl. auch hinsichtlich der Presse (N. 3$_4$), indem der Redakteur einer Zeitung Übelstände in einer die Ehre anderer verletzenden Weise nur dann straflos besprechen kann, wenn es um Angelegenheiten sich handelt, die ihn selbst wegen seines besonderen Verhältnisses zu ihnen nahe angehen (RG. IV 16. Jan. 94 E. 25 67); ein derartiges Verhältnis liegt aber vor, wenn der von einem Verbande oder Verein engagierte Redakteur in dem Vereinsorgane die Interessen seines Auftraggebers wahrnimmt. Weitergehend Kohler G. 47 101 ff.

7a) „Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen". Mit bezug auf den Ausdruck „Vorgesetzte" bemerkt Kronecker GS. 38 506, daß er an sich nur auf eine Stellung innerhalb der Beamtenhierarchie zu beziehen sei, daß jedoch in Verbindung mit „ähnlichen Fällen" alle Verhältnisse umfaßt würden, in denen jemand kraft gesetzlichen o. eines gesetzlich anerkannten natürlichen o. vertragsmäßigen Gewaltrechtes einem andern gegenüber Vorhaltungen o. Rügen auszusprechen befugt sei. Es sind deshalb (Rotering GS. 62 51 ff.) namentl. hierher zu rechnen Rügen und Vorhaltungen eines Beamten auch nicht untergebenen Personen gegenüber zwecks Aufrechterhaltung der Ordnung (z. B. StPO. § 162), solche eines Kapitäns dem Schiffsmann gegenüber (SeemannsO. § 84), Rügen von Privatbeamten gegenüber ihren Untergebenen, der Geist-

Digitized by Google

lichen gegenüber den Gemeindemitgliedern, der Lehrer u. Lehrherren gegenüber den Schülern und Lehrlingen, der Arbeitgeber, Betriebsbeamten, Werkmeister gegenüber den Arbeitern u. dergl.; endlich wird aber auch vorübergehenden Gestaltungen ähnlicher Art Beachtung nicht zu versagen sein, so daß weiter hierher zu zählen sind z. B. Rügen Erwachsener der Jugend gegenüber bei störenden Unarten, quasipolizeiliche Tätigkeit eines Privaten kraft Gesetzes (§ 365 N. 6), Maßnahmen der Ordner bei Festlichkeiten u. dergl.

b) „Dienstliche Anzeigen o. Urteile von seiten eines Beamten"; diese Kategorie umfaßt in Verbindung mit „ähnlichen Fällen" alle Erklärungen, die jemand auf Grund einer Verpflichtung öffentlich-rechtl. Natur abgibt; Kronecker aO. S. 507; vgl. Rotering GS. 62 55, namentl. über „ähnliche Fälle".

8) Den bezeichneten Fällen werden „ähnliche Fälle" angereiht, wodurch dem Richter gestattet wird, den § 193 nach dem Geiste seiner Einzelvorschriften (N. 4—7) zur Anwendung zu bringen, wenn auch nicht gerade eine der Einzelvorschriften selbst zutreffen würde; RG. II 28. Jan. 81 E. 3 303. Hiernach wird die Klausel keine Anwendung finden können gegenüber sog. tätlichen Beleidigen (§ 185 N. 9), weil hier eine „Ähnlichkeit" des Falles nicht anzuerkennen ist (München OberstesLG. 28. Mai 02 E. 2 379, Kohler G. 47 108), wohl aber findet sie Anwendung auf eine Äußerung in einem „der Wahrnehmung berechtigter Interessen" ähnlichen Falle; so Berlin KG. 9. Juni 81 Jahrb. 2 293; aM. Kronecker GS. 38 508 u. Rotering GS. 62 51, bei dem weiten Umfange des Begriffes sei hier für Annahme „ähnlicher Fälle" kein Raum. Da aber in den vorherbezeichneten Fällen das Recht auf Schutz der Ehre mit anderen Rechten, Pflichten und Interessen in Kollision tritt und letzteren innerhalb gewisser Grenzen der Vorzug eingeräumt wird, so ergibt sich daraus, daß ein „ähnlicher Fall" i. S. des § 193 überhaupt nur angenommen werden kann, wenn Gründe vorliegen, die einen solchen Vorzug rechtfertigen; RG. II 24. Mai 89 E. 19 238; über einzelne solcher Fälle vgl. N. 4 u. 7.

In der Praxis sind als solche „ähnliche Fälle" angesehen worden:

a. die Ausstellung von Dienstzeugnissen für Dienstboten; Dresden 8. Juni 74 St. 4 330; objektiv beleidigende Äußerungen des Dienstherrn gg. den Dienstboten als Vorhaltungen u. Rügen; München OberstesLG. 26. Jan. 04 E. 4 205 (N. 7a);

b. das vom Hausarzt erforderte Gutachten über die Krankheit eines Dienstboten; Berlin 12. Juli 71 O. 12 392;

c. die Handlungsweise des Richters bei Handhabung der Gerichtsdisziplin in öffentlicher Sitzung; München 21. Feb. 74 St. 3 321 (N. 7a);

d. die amtliche Verkündung seitens eines Geistlichen in der Gemeinde; Berlin OAG. 12. Sept. 73 St. 3 60, btr. die Berichtigung des irrtümlich stattgefundenen Gebrauchs des Wortes „Jungfrau" bei einem Aufgebot (N. 7a);

e. eine vertrauliche Mitteilung, sei es auf Grund der besonderen Stellung des Mitteilenden (z. B. eines Seelsorgers) oder auf Grund eines nahen, z. B. verwandtschaftlichen, kollegialen oder auch eines Mietsverhältnisses zu demjenigen, an welchen die Mitteilung geschieht; Berlin OAG. 7. Feb. 74 St. 3 321 (N. 6c);

f. die Ausübung der Zeugenpflicht, gleichgültig ob bei gerichtl. oder nur polizeilichen Vernehmungen; Berlin OAG. 25. Jan. 73, Dresden 28. Feb. 73, St. 2 167, 3 8; vgl. jedoch Berlin 10. Jan. 78 O. 19 20, die Abgabe einer Zeugenaussage gehöre nicht zu den Fällen des § 193, ihre Straflosigkeit ergebe sich aber mit noch größerem Rechte, weil es um die Erfüllung einer Pflicht sich handele;

g. bei Mitteilungen von Urteilen der Gerichte durch die Tagespresse oder in Sammelwerken (N. 3_2) zu wissenschaftlichen Zwecken; zit. RG. E. 19 238, das aber „den Zweck der Belehrung", sei es allein oder neben dem der Unterhaltung, nicht als einen solchen anerkennt, der unbedingt (allgemein) ehrkränkenden Kundgebungen den Charakter des Unberechtigten entziehe (vgl. auch v. Bülow GS. 46 293 f.); ob der Zweck der Belehrung die Anwendung des § 193 begründe, hänge vielmehr ab von dem Anlasse zur belehrenden Mitteilung, ihrem Gegenstande und dem mit ihr verfolgten weiteren Zwecke; mit Rücksicht auf die Bedeutung der reichsgerichtlichen Entscheidungen zufolge GVG. § 137 wird, im

Digitized by Google

Anschluß an zit. RG. E. 3 303, angenommen, daß zwar die Mitteilung solcher in der Regel einem rechtswissenschaftl. o. einem von Staats wegen für berechtigt erklärten Zwecke diene, daß den Veröffentlichungen von Entscheidungen der unteren Instanzen dagegen der Schutz des § 193 im Falle der Verfolgung von Zwecken der Belehrung rechtsgrundsätzlich nicht zur Seite stehe; vgl. aber RG. I 3., III 10. Juli 93, G. 41 272 f. für den besonderen Fall, daß ein Redakteur über einen seine Zeitung btr. Strafprozeß berichtet;

h. die Weiterverkündung einer in öffentl. Gerichtssitzung gehörten Beleidgg.; RG. I 20. Nov. 78 E. 1 19, jedoch mit der weiteren Ausführung, daß das Prinzip der Öffentlichkeit kein Hindernis abgebe, die Motive der Verbreitung und das dabei verfolgte Ziel ins Auge zu fassen und nach Lage der Sache auch in der Veröffentlichung von Gerichtsverhdlgen eine Beleidgg. zu erblicken (N. 3_2); dagegen will John ZStrW. 1 285 ff. in allen Fällen, wo die Öffentlichkeit der Verhdlgen gesetzlich angeordnet sei, die Weiterverkündung nur dann als Beleidgg. strafen, wenn das Vorhandensein einer solchen aus der Form o. den begleitenden Umständen hervorgehe; dies tadelt Kronecker GS. 38 516 als zu weitgehend, weil Motive und Ziel der Weiterverkündung dann unberücksichtigt blieben (N. 13);

i. die Kundgebung, durch die ein Verhafteter seitens des Vollstreckungsbeamten zu schnellerem Gehen veranlaßt werden soll; RG. IV 6. Apr. 97 E. 30 39.

9) Die Äußerungen der bezeichneten Art (N. 4—8), die übrigens nicht notwendig mündliche o. schriftliche zu sein brauchen, sd. auch Willensäußerungen anderer Art sein können (vgl. z. B. RG. IV 17. Juni 98 E. 31 194 btr. Geschenkangebots an einen Beamten; dagegen jedoch Kohler G. 47 108) werden mit Rücksicht auf ihren Zweck („zur" Ausführung von Rechten 2c.) für nicht strafbar erklärt. Daraus folgt zweierlei; einmal, daß § 193 außer Anwendung bleibt, wenn der Täter, obschon er berechtigte Interessen wahrnehmen konnte, solches doch nicht wollte (RG. II 1. Nov. 87 N. 9 539, I 5. Dez. 89, IV 12. März 01, E. 20 100, 34 216; vgl. auch das N. 13 zit. RG. N. 8 524), sowie wenn die Äußerung nur bei Gelegenheit der Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht wurde (RG. III 15. Juni 81 E. 4 316; KG. I 26. März 03 E. 4 279, Hälschner 2 181), umgekehrt aber, daß es für die Anwendung des § 193 genügt (vgl. dagegen BGB. § 824_2), wenn der Äußernde ein vermeintliches Recht bzw. Interesse wahrnehmen wollte oder wenn er vermeinte, an die berechtigte Instanz sich zu wenden, mochte er dabei auch in einem nach § 59 (das. N. 1, 2) beachtlichen Irrtum sich befinden; so: RG. III 22. Feb. 82 N. 4 183, II 30. Juni 82, 6. Nov. 85, 1. Juli 87, 17. Dez. 89, 27. Apr. 94, E. 6 405, E. 13 38, N. 9 395, G. 37 434, E. 25 355, IV 2. Juni 93 E. 24 223, Hälschner aO., Oppenh.-D. N. 20, Rüd.-St. N. 5, Rotering GS. 62 60; im wesentlichen übereinstimmend Kohler G. 47 116 ff.; aM. Berlin 3. Apr. 78 O. 19 187; vgl. auch RG. II 5. Nov. 86 E. 15 15, das Recht auf Achtung der Person stehe höher als das Recht auf Besprechung vermeintlicher (in Wahrheit nicht bestehender) Übelstände, sowie I 9. Jan. 93 E. 23 422, IV 18. Apr. 93 G. 41 46, die erfordern, der Inhalt der Äußerung müsse ein solcher sein, daß sie nach ihrem erkennbaren näheren ursächlichen Zusammenhange mit dem wahrzunehmenden berechtigten Interesse vom Äußernden zur Wahrnehmung für geeignet gehalten werden konnte und gehalten wurde. Befindet der Täter dagegen nicht über einen Tatumstand (vgl. Kohler, Rotering aO.), sondern über das, was das Ges. unter Wahrnehmung berechtigter Interessen versteht, sich im Irrtum, so würde es um eine Verkennung dieses strafrechtl. Begriffs u. somit, wenigstens nach der GM. (§ 59 N. 31), um einen unbeachtlichen strafrechtl. Irrtum sich handeln; RG. IV 19. März 01 E. 34 222. Die Richtung des Willens auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen kann übrigens auch bei Geisteskranken vorliegen, so daß die von einem solchen mit dieser Willensrichtung verfaßte beleidigende Schrift, falls das Vorhandensein einer Beleidigung weder aus der Form noch aus den begleitenden Umständen erhellt, der Unbrauchbarmachung nicht unterliegt.

10) Ist einer der Fälle des § 193 festgestellt, so hat der Richter bei gegebener Sachlage zu prüfen, ob „das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgehe"; Stuttgart 26. Jan., 3. Feb. 76, 25. Apr. 77, St. 6 263, 7 283, Oppenh.-D. N. 26, Rüd.-St.

Digitized by Google

N. 6, John ZStrW. 1 301. Die Prüfung, ob das Vorhandensein einer Beleidgg. aus dem einen oder dem anderen Grunde anzunehmen sei, ist nicht unbedingt nur tatsächlicher, sondern — wie die näheren Ausführungen in N. 11 ergeben — unter Umständen auch rechtlicher Natur; Berlin 27. Juni 78 St. 8 146.

11) „Die Form der Äußerung," wobei vorzugsweise an die Ausdrucksweise selbst (Worte, Wendungen, Satzbau, Zusammenhang der einzelnen Worte), aber auch an die Art ihrer Kundgebung, bei mündlichen Äußerungen z. B. an den Ton, in dem die Äußerung geschah (so: Oppenh.-D. N. 27, Rubo § 192 N. 3, Kronecker GS. 38 532; aM. Binding Lb. 1 151), oder an die Veröffentlichung in der Presse zu denken ist, kann das Vorhandensein der Beleidgg. klarstellen. So rechtfertigt die Bedeutung der gewählten Ausdrücke als Schimpfworte in der Regel von selbst den Schluß auf das Vorhandensein einer Beleidgg. aus der Form der Äußerung (vgl. jedoch München KassH. 12. Sept. 73, 10. Feb. 75, St. 3 60, 4 326, OberstesLG. 5., 26. März 03, E. 3 229, 253; s. auch § 185 N. 3), während, wenn anderenfalls jene Folgerung aus der Wahl der Ausdrücke gezogen werden soll, es erhellen muß, mit welchen anderen Worten der an sich nicht strafbare Inhalt hätte ausgedrückt werden können; RG. IV 10. Juni 90 E. 21 1, II 5. Feb. 92 G. 39 427. Es bedarf hiernach einer scharfen Unterscheidung zwischen Form und Inhalt (vgl. noch N. 13), andererseits geht aber der Sinn der Vorschrift keineswegs dahin, daß die Form der Äußerung an und für sich, ohne allen Hinblick auf deren Inhalt, eine Beleidgg. erkennen lassen müsse; RG. I 29. Juni 82 E. 6 420; letzterer Auffassung steht jedoch Kohler G. 47 106 nahe.

Aus der anonymen Form einer Anzeige kann zwar unter Umständen auf das Vorhandensein einer Beleidgg. geschlossen werden, allein rechtsgrundsätzlich geht diese nicht daraus hervor (RG. II 5. Feb. 92 E. 22 329), ebensowenig, wie aus der Form des Gebrauchs einer Postkarte oder aus jeder Überschreitung der „Grenzen sachlicher Erörterung" unbedingt das Vorhandensein einer Beleidgg. folgt; so in letzterer Beziehung: RG. II 16. März 80 E. 1 317, Dresden 3. Nov. 71 St. 1 172, Berlin 21. Mai 79 O. 20 272.

12) Die „Umstände, unter welchen die Äußerung geschah," können gleichfalls das Vorhandensein einer Beleidgg. erkennen lassen, d. h. die Straflosigkeit tritt dann nicht ein, wenn die Äußerung unter Umständen gemacht wurde, die verhindern mußten, daß sie dem berechtigten Interesse dienen konnte; Kohler G. 47 105. Unter „Umständen" i. S. dieser Bestimmung sind die Äußerung begleitende Umstände zu verstehen, die mit ihr nicht nur in einem inneren, sondern auch in einem zeitlichen Zusammenhange stehen; RG. II 7. Nov. 90, 8. Jan. 01, E. 21 157, 34 80; aM. in letzterer Beziehung Berlin 31. Jan. 79 O. 20 59. Wann ein solcher Zusammenhang vorliegt, daß der Schluß sich rechtfertigt, die Äußerung habe gerade durch ihre Betätigung zu einer bestimmten Zeit o. an einem bestimmten Orte o. unter anderen besonderen Umständen eine solche Verschärfung erfahren, daß sie nur in Beleidigungsabsicht gebraucht sein könne (zit. RG. E. 34 80), untersteht wesentlich tatsächlicher Beurteilung, bei der vorhergehende o. nachfolgende Umstände zum Nachweise o. zur Auslegung verwertet werden dürfen (zit. RG. E. 21 157); an sich aber kann eine erst in der Hauptverhdlg. gefallene Äußerung des Angekl. als ein solcher Umstand nicht bezeichnet werden; RG. II 16. Mai 93 G. 41 128, ferner mit Recht verneinend, daß die „Fassung" der Äußerung ein solcher Umst. sei. Ebensowenig sind Umstände, die notwendige Voraussetzungen des Tatbestandes der Beleidgg. bilden, begleitende Umstände im obigen S.; RG. IV 7. Juni 87 E. 16 139, daher verneinend, daß i. F. des § 186 die bewußte Unerweislichkeit der Behauptung, i. F. des § 187 das Bewußtsein von ihrer Unwahrheit ein solcher begleitender Umst. sei. Das Vorhandensein solcher Umstände, die z. B. auch in dem Mangel der Angabe jeglicher Beweismittel gefunden werden können, darf nicht schon deshalb angenommen werden, weil die ehrenkränkende Äußerung mit dem Gegenstande der Beschwerde objektiv nicht zusammenhängt, falls nur die Äußerung in der Meinung vorgebracht wurde, daß sie zur Ausführung der Rechte ꝛc. geeignet sei; Berlin 21. Juni 71 O. 12 334.

Insbs. kann aus den Umständen, unter denen „Äußerungen zur Wahrnehmung berech-

Digitized by Google

tigter Interessen" (N. 6) geschehen, auf das Vorhandensein einer Beleidgg. geschlossen werden, wenn die Äußerung gegenüber einer unberechtigten Instanz erfolgte; so sind z. B. die Leser einer Zeitung nicht die berechtigte Instanz für Klagen über Mißbräuche bei Erhebung von Stolgebühren; Berlin 17. März 75 St. 5 54. Dagegen läßt sich nicht behaupten, daß eine Volksversammlung niemals die Eigenschaft einer berechtigten Instanz für die Geltendmachung eines rechtlichen Interesses sei; RG. II 3. Feb. 82 E. 5 379. Vgl. N. 13.

Im besonderen kann nach den begleitenden Umständen als Beleidgg. strafbar sein:

a. eine nicht erweislich wahre Anzeige wegen einer strafb. Hdlg. (N. 6a, b). Wenn im Falle des § 164 (das. N. 7, 12) das subjektive Moment verneint wird, so ist bei Feststellung der Voraussetzungen des § 186 zu prüfen, ob dieser Anwendung findet oder die Bestrafung wegen § 193 ausgeschlossen ist; RG. I 22. Dez. 86 N. 8 785. Die Strafbarkeit aus § 186 kann insbs. vorliegen, wenn die Anzeige frivolerweise, ohne den Glauben an ihre Begründetheit (nicht etwa bloß an ihre Unerweislichkeit; s. o.) geschah, obschon andererseits die positive Überzeugung von der Begründetheit o. Begründbarkeit keine Voraussetzung für die Annahme der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist; RG. I 8. Dez. 79, 29. Juni 96, II 16. Jan. 80, 25. Okt. 81, IV 18. Feb. 87, E. 1 233, 29 54, 1 80, N. 3 639, 9 147; vgl. in dem dem N. 13 zit. RG. N. 8 524 zugrunde liegenden Falle; übereinstimmend Kohler S. 47 105 unter Bezugnahme auf das zit. RG. E. 1 80. Auch Hälschner 2 900, Heß Falsche Ansch. S. 60, Kronecker GS. 38 514, Leichmann ZSchweizerisches N. NF. 9 354 u. Gabler Üble Nachr. S. 75 erachten im Falle der Verneinung des subjektiven Tatbestandes des § 164 unter Umständen eine Bestrafung aus § 186 für möglich, ferner John ZStrW. 1 307; vgl. dazu v. Buri GS. 33 428, der zu Unrecht annimmt, daß John den § 186 niemals für anwendbar erachte. Dagegen verneinen die Möglichkeit einer Bestrafung aus § 186 unbedingt Herzog GS. 25 391, 32 108 u. H. Meyer S. 622;

b. eine in Wahrnehmung der Interessen eines Mandanten an das Grundbuchamt gerichtete Eingabe eines Notars (N. 6c); München 5. März 75 St. 5 55;

c. eine bei Gelegenheit der Ausstellung des Dienstzeugnisses geschehene Eintragung in das Dienstbuch (N. 8a), insbs., wenn sie den nicht erweislich wahren Vorwurf einer Veruntreuung enthält; Berlin 26. März 79 O. 20 163;

d. eine an sich in Ausübung des geistlichen Amtes geschehene Verkündung eines Geistlichen (N. 8d); München 27. März 75, Dresden 17. Dez. 75, St. 5 59, 6 267;

e. ein zufolge der Zeugenpflicht abgegebenes Zeugnis (N. 8f); Berlin OAG. 25. Jan. 73 St. 2 167.

13) Wird bei dem die notwendige Voraussetzung bildenden Vorliegen des objektiven Tatbestandes (vgl. das § 185 N. 3, zit RG. E. 23 40) das Vorhandensein einer Beleidgg. auf Grund der Form der Äußerung oder der Umstände, unter denen sie geschah, festgestellt (vgl. übrigens N. 14), so hat Bestrafung zu erfolgen, obschon die Äußerung „zur Ausführung von Rechten" ꝛc. geschah; Berlin 26. Sept. 72 St. 2 97. Daraus freilich, daß eine Anzeige nicht lediglich zur Wahrnehmung berecht. Int. gemacht wurde, sd. gleichzeitig beleidigende Äußerungen enthält, folgt keineswegs, daß der gesamte Inhalt der Denuntiationsschrift als eine rechtswidrige, des Schutzes des § 193 entbehrende Kundgebung anzusehen sei; RG. II 19. Dez. 90 E. 21 250. Wird das Vorhandensein einer Beleidgg. nicht festgestellt, so ist auf Freisprechung zu erkennen, und darf, da die Worte „Form der Äußerung o. Umstände, unter welchen sie geschah" limitativ aufzufassen sind, namentl. lediglich mit Rücksicht auf den Inhalt der Äußerung (N. 11) Verurteilung wegen Beleidgg. nicht erfolgen; so die GM., insbs. RG. III 15. Juni 81 E. 4 316, IV 20. Mai 85 N. 7 313, II 5. Feb. 92 G. 39 427; vgl. auch den dem N. 9 zit. RG. E. 31 194 zugrunde liegenden Fall.

Auf die der Äußerung zugrunde liegenden Motive kommt es nicht an. Wesentlich ist nur, daß der Wille des Täters ernstlich auf Geltendmachung des Interesses gerichtet ist; liegt dies vor, so steht die Äußerung unter dem Schutze des § 193, auch wenn der Wille durch verwerfliche Beweggründe hervorgerufen, ja selbst, wenn das treibende Motiv Haß u. Rachsucht oder dergl. gewesen ist. Das Handeln aus bloßer Rachsucht ist nicht un-

Digitized by Google

vereinbar mit der Vorstellung u. dem Willen des Täters, durch seine Handlung doch von einer Berechtigung Gebrauch zu machen. Fehlt allerdings letzterer Wille, bezweckt der Täter mit seiner Handlung überhaupt nicht, berechtigte Interessen zu wahren, sondern schützt er dies nur vor, um in der Form der Wahrung eines Interesses seine verwerflichen Gefühle zu befriedigen, so kann auch von einem Schutze des § 193 nicht die Rede sein. Gl. A. Kohler G. 47 106 (das Recht könne nur die objektive Sittlichkeit des Handelns, nicht auch die Sittlichkeit des subjektiven Motivs verlangen; der Einwand, daß ein Anzeigender sein berechtigtes Interesse nur aus Haß u. Rachsucht verfolge, könne deshalb den Einwand des loyalen Interesses nicht antasten), während Rotering GS. 62 59 die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses dann nicht mehr anerkennen will, wenn als das treibende Motiv nur Haß, Rache, Schadenfreude 2c. erscheinen, so daß, diese Gefühle hinweggedacht, der Täter sich nicht mehr veranlaßt sehen würde, noch fremde oder eigene Rechte und Interessen auf diesem Wege wahrzunehmen.

Die Rechtsprechung des RG. (II 16. Jan. 80, 7. Jan. 90, 16. Juni 96, IV 12. März 01 E. 1 80, 20 164, 29 15, 34 216; II 22. Jan. 84, 6. Juli 86 R. 6 41, 8 524; IV 7. Dez. 97, 12. Juli 98 G. 46 44, 346; s. auch II 6. Nov. 03 E. 36 422) stimmt mit der hier vorgetragenen Ansicht im wesentlichen überein, obschon eine gewisse Unsicherheit nicht zu verkennen ist. Dem Motiv, aus dem eine Anzeige erstattet ist, wird als solchem jede Bedeutung abgesprochen (so auch RMG. I 10. Juni 01 E. 1 174); nur wenn der Wille des Täters überhaupt nicht auf die Ausübung des Rechts, strafbare Handlungen zur Kenntnis der Behörde zu bringen, gerichtet gewesen ist, ist der Schutz des § 193 zu versagen. Andererseits weist das RG. mit Recht darauf hin, daß ein an sich berechtigtes Motiv noch nicht ohne weiteres das verfolgte Mittel zu einem berechtigten macht; so nimmt III 17. Sept. 00 G. 47 432 an, daß jemand ein berechtigtes Interesse an der Führung eines Wahrheitsbeweises haben könne, daß er damit aber noch nicht das Recht habe, den andern zu beleidigen, um als Beschuldigter zur strafgerichtl. Untersuchung gezogen zu werden u. dann den Wahrheitsbeweis führen zu können. Vgl. auch RG. III 22. Feb. 00 G. 47 163 (das Motiv der Abwehr bzw. der Zurückweisung in die gebührenden Schranken schließe die Absicht der Beleidigung nicht aus).

14) Bezüglich des Inhaltes der auf Grund des Schlußsatzes des § 193 zu treffenden Feststellung herrscht Streit. Die Worte „Vorhandensein einer Beleidigung" fanden sich zuerst im Entw. II, während Entw. I noch im Anschluß an das PrStGB. § 154 die „Absicht, zu beleidigen", verlangte. Nach der N. 1 hinsichtlich der Bedeutung des § 193 vertretenen Ansicht kann es keinem Bedenken unterliegen, daß eine den Gesetzesworten sich anschließende Feststellung behufs Verurteilung wegen Beleidgg. unter allen Umständen hinreicht; es genügt, wenn aus der Feststellung ersichtlich ist, daß, trotz der Annahme einer der Voraussetzungen des § 193, dennoch, sei es wegen der Form der Äußerung, sei es wegen der begleitenden Umstände, „das Vorhandensein einer Beleidigung" angenommen wurde. So auch: RG. II 30. Apr. 80 E. 1 406 (s. u. Abs. 2), Berlin 16. Juli 75, 16. Juli 77, 31. Jan. 79, St. 5 328, O. 18 539, 20 59, Frank N. IV, v. Schwarze S. 539 A. 2, Freudenstein Ehrenkr. S. 93 N. 1, Kronecker GS. 38 529. Vgl. dagegen: RG. II 16. März 80, IV 5. Apr. 92, E. 1 317, 23 42 (§ 193 verstehe unter dem Vorhandensein der Beleidgg. gerade die Absicht, zu beleidigen; eine direkt auf Zufügung einer Beleidgg. gerichtete Absicht werde erfordert), RMG. I 10. Juni 01 E. 1 174, Berlin 13. Juli 71, St. 1 149 (jene Feststellung genüge nur, wenn aus den Gründen die Annahme der Absicht, zu beleidigen, hervorgehe), 26. Feb. 73, 26. Nov. 74, O. 14 166, 15 815 (die Absicht, zu beleidigen, sei stets, zumal aber im Bestrettungsfalle, festzustellen); vgl. ferner: Berlin 13. Juli 71, 13. Mai, 26. Nov. 74, 3. Feb. 75, 27. Juni 78, St. 1 149, 4 44, 331, 328, 8 146, Dresden 1. Sept. 73, 28. Mai 77, St. 3 317, 7 291, München 21. Feb. 74, 5. März 75, 13. Mai 77, St. 3 321, 5 53, 7 289, die sämtlich die Feststellung der Absicht, zu beleidigen, verlangen.

Aber auch die Feststellung der „Absicht, zu beleidigen", muß für ausreichend erachtet werden; denn obschon eine solche zum Tatbestande der Beleidgg. niemals, auch nicht

Digitized by Google

beim Vorliegen einer der Voraussetzungen des § 193 (so: Binding Lb. I 151, John ZStrW. I 297; aM.: Lucas S. 296, v. Bülow GS. 46 274, Hofner Ehrverletzungen S. 84 ff.), erforderlich ist, so schließt doch eine solche Absicht jedenfalls die bewußte Rechtswidrigkeit des Handelns in sich, wodurch die Nichtanwendbarkeit des § 193 gegeben ist; so: RG. zit. E. I 406, II 21. Sept. 80, I 5. Dez. 89, E. 2 251, 20 100, Berlin 19. Juli 71, 16. Juli 75, O. 12 423, St. 5 328. Kann sonach auch die Feststellung der „Absicht, zu beleidigen", niemals für notwendig erachtet werden, so genügt sie doch andererseits zur Verurteilung; aM.: Geyer 2 38, v. Schwarze N. 16 (dieser nimmt wenigstens an, daß das Vorhandensein einer Beleidgg. die Absicht, zu beleidigen, in sich begreife, bestreitet jedoch, daß jenes darin sich erschöpfe), Kronecker aO. S. 529 (die Feststllg. der Absicht, zu beleidigen, würde btr. des subjektiven Tatbestandes zu viel, btr. des objektiven zu wenig enthalten), Frank N. IV, G. 35 39 u. ZStrW. 12 308. Dagegen ist die Feststllg. des bloßen Bewußtseins von dem beleidigenden Inhalte der Äußerung zum Ausschlusse des § 193 nicht hinreichend; zit. RG. E. 20 100.

Gegenüber der „sehr allgemeinen Judikatur", die zur Bestrafung die aus der Form oder den Umständen zu entnehmende Absicht der Beleidgg. fordere, führt RG. III 29. Jan. 81 E. 3 328 aus, daß es dabei wohl wesentlich nur um einen anderen Ausdruck für die bewußte Überschreitung der Grenzen des Rechts, die Wahrheit zu sagen (§ 192), bzw. berechtigte Interessen wahrzunehmen (§ 193), sich handele; ähnlich Berlin 7. Mai 78 G. 26 328 (es komme darauf an, ob die Absicht des Äußernden, die von ihm einzuhaltende Grenze zu überschreiten, einen erkennbaren Ausdruck gefunden habe), sowie ferner v. Liszt S. 344, H. Meyer S. 526 u. Kronecker GS. 38 531 (es müsse objektiv ein Hinausgehen über die Berechtigungsgrenzen nach Form o. Umständen, subjektiv das entsprechende Bewußtsein davon vorliegen).

15) Bei einer in Mittäterschaft (§ 47) verübten Beleidgg. kann dem einen Angekl. der Schutz des § 193 zuzugestehen, dem anderen zu versagen sein; RG. IV 13. Okt. 93, II 27. Apr. 94, E. 24 304, 25 355. Dsgl. kann der Redakteur einer period. Druckschrift, der einen von einem anderen verfaßten beleidigenden Artikel veröffentlicht hat, als Täter bestraft werden, wenn die Strafbarkeit des Verfassers gemäß § 193 ausgeschlossen ist (RG. II 29. Juni 94 E. 26 18), doch bleibt zu prüfen, ob dem Redakteur nicht auch § 193 zur Seite steht; vgl. N. 6c, 8g.

Weil § 193 nur den Täter der Beleidgg. schützt, so kann die Frage nach dem selbständigen Vorliegen des Schuldausschließungsgrundes in der Person des Anstifters u. Gehilfen (§§ 48, 49) nicht auftauchen, obschon die Bestimmung diesen insofern mittelbar zustatten kommen kann, als sie die Begehung der Haupttat ausschließt; RG. IV 12. Juni 96 E. 29 6. Bei Straflosigkeit des Täters auf Grund des § 193 ist danach strafb. Teiln. nicht denkbar; Frank N. V; nicht völlig klar Kohler G. 47 119. Der Vorsatz solcher Teilnehmer an einer Beleidgg., deren Vorhandensein i. S. des § 193 aus Form u. Umständen abgeleitet ist, muß übrigens außer der Kenntnis von dem ehrenkränkenden Charakter der Behauptung auch das Bewußtsein davon enthalten, daß der Täter mit Beleidigungsabsicht handelte; zit. RG. E. 29 6.

16) In prozessualer Beziehung bildet das Vorliegen des § 193 einen Teil der Schuldfrage; im schwurgerichtl. Verfahren ist deshalb die Stellung einer Nebenfrage unzulässig, vielmehr wird die Feststellung, ob die Schuld im Hinblick auf § 193 ausgeschlossen sei, zugleich durch Beantwortung der Hauptfrage (StPO. § 293) getroffen; RG. I 27. Sept. 83 E. 9 105, Kohler G. 47 45. Im übrigen enthält § 193 einen strafausschl. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, nicht aber einen strafaufhebenden i. S. des § 295_2 das.

§. 194.

Die Verfolgung einer Beleidigung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages (§§. 185 bis 193) ist zulässig.

PrStGB. §§ 343 Abs. 3, 160. Entw. I § 170 Abs. 1, 2, II § 189. StB. S. 655 f. Entw. d. StGN. Art. I § 194. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145. StB. 1875/76 S. 801.

Digitized by Google

1) Die Vorschrift des § 194, die nur im Falle des § 197 eine Ausnahme erleidet, findet Anwendung auf alle aus Abschn. 14 strafb. Hdlgen, wie aus den Parentheſe des zweiten Satzes erhellt.

Soweit hiernach die Beleidgg. i. S. der Überschrift des Abschn. 14 ein Antragsdelikt ist, finden im wesentlichen die allgemeinen zu den §§ 61—65 erörterten Regeln Anwendung.

Die Frage der Antragsberechtigung wg. Beleidigung ist im StGB. erschöpfend geregelt, so daß durch die Landesgesetzgebung der Kreis der Antragsberechtigten weder eingeschränkt, noch ausgedehnt werden kann; RG. II 22. Dez. 03 E. 37 37 (39); vgl. auch das § 196 N. 1 zit. E. 29 211 sowie andererseits § 61 N. 3.

2) Antragsberechtigt, weil allein verletzt (§ 61 N. 10), ist nur die beleidigte Person selbst; RG. III 31. Jan. 80 E. 1 178, Binding Hb. 1 618. Deshalb ist der verantwortliche Redakteur einer Zeitung wegen beleidigender Angriffe gegen die von ihm redigierte Zeitung nicht ohne weiteres zum Strafantrage berechtigt; es kommt vielmehr darauf an, ob der Angriff auch gegen ihn selbst sich richtete; seine strafrechtl. Verantwortlichkeit nach dem PreßG. hat mit dieser Frage nichts zu tun; RG. IV 4. Dez. 85 E. 13 126. Hervorzuheben ist jedoch, daß einerseits § 189_3 für das Verg. der Beschimpfung des Andenkens Verstorbener eine ausschließlich — namentl. auch gegenüber § 196 (das. N. 2) — maßgebende Sonderbestimmung enthält, andererseits aber die Bestimmungen der §§ 195, 196 für die übrigen Fälle des Abschn. 14 eine Ausdehnung des Kreises der Antragsberechtigten bewirken. Werden einzelne Personen unter einer Kollektivbezeichnung beleidigt (§ 185 N. 10b), so ist jede einzelne beleidigte Person antragsberechtigt; RG. III 25. Okt. 80, II 30. Sept. 92, E. 3 12, 23 246, Hälschner 2 207, v. Liszt S. 349. In solchem Falle sind aber auch nur die einzelnen Beleidigten antragsberechtigt; es kann nicht etwa der „Vorstand" eines nicht beleidigungsfähigen Vereins den Strafantrag stellen; RG. IV 15. März 87, II 4. Feb. 98, G. 35 64, 46 125 (im Falle der Beleidgg. des Vorstandes eines Knappschaftsvereins, bzw. von Mitgliedern des HKE. Vereins); vgl. ferner das N. 1 zit. E. 37 37, wonach der Vorstand einer Pr. Ärztekammer (Pr. V. btr. Einrichtg. einer ärztl. Standesvertretung v. 25. Mai 1887 §§ 2, 9) wegen Beleidgg. der zum Bezirke der Kammer gehörenden Ärzte nicht antragsberechtigt ist. Wurde dagegen eine kollektive Einheit lediglich als solche beleidigt (§ 185 N. 11 f.), so ist nur sie antragsberechtigt (vgl. § 65 N. 17); RG. I 16. Juni 81 E. 4 264, Hälschner aO., Passow Kreditgefährdg. S. 29. Folglich ist bei Beleidgg. einer Behörde, außer deren amtlichen Vorgesetzten (§ 196), nur die Behörde antragsberechtigt und kann demgemäß die Strafverfolgung nur auf einen von der Behörde gefaßten Beschluß eingeleitet werden; München 3. Okt. 73, 18. Jan. 76, St. 3 106, 5 330; vgl. auch RG. III 8. Feb. 82 N. 4 135 btr. Stellung eines Strafantrages seitens des beleidigten Magistrates selbst infolge eines von ihm gefaßten, durch Unterschrift des Bürgermeisters beglaubigten Beschlusses; dabei ist übrigens nicht erforderlich, daß aus der den Strafantrag enthaltenden Urk. selbst hervorgehe, er sei infolge eines Beschlusses der Behörde (insbs. des Magistrats) gestellt worden; RG. II 1. Feb. 98 G. 46 123. Andererseits ist der Antrag der „Behörde" ungenügend, wenn nur einzelne ihrer Mitglieder als solche beleidigt wurden (Berlin 29. März 76, 24. Jan. 78, D. 17 228, St. 8 148); dsgl. der Antrag einer Firma, wenn deren einzelne Inhaber beleidigt wurden; so zit. RG. E. 1 178.

3) Der zweite Satz des § 194 gilt namentl. auch für den Fall der Erhebung einer öffentlichen u. nicht nur für den der Anstellung einer Privatklage; RG. III 14. Apr. 80 N. 1 601.

§. 195.

Ist eine Ehefrau beleidigt worden, so hat sowohl sie als ihr Ehemann das Recht, auf Bestrafung anzutragen.

PrStGB. § 162. Entw. I § 172, II § 190.
Entwürfe d. EGBGB.: I Art. 16; Bundesratsvorl. Art. 8 VI; RTvorl. Art. 33 VI.
Vgl. § 232 Abs. 3.

Digitized by Google

1a) Schon Entw. I des EGBGB. Art. 16 hatte, wenn auch in etwas anderer Fassung, die sachlich gleiche Abänderung vorgeschlagen, wie sie jetzt durch EGBGB. Art. 34 VI, der mit den Entwürfen Bundesratsvorl. Art. 8 VI u. RTvorl. Art. 33 VI übereinstimmt, in Abänderung der alten Fassung:

> Sind Ehefrauen oder unter väterlicher Gewalt stehende Kinder beleidigt worden, so haben sowohl die Beleidigten, als deren Ehemänner und Väter das Recht, auf Bestrafung anzutragen.

zum Gesetz erhoben ist. Durch das abgeänderte Gesetz ist sonach die Antragsberechtigung, die früher dem Vater als Inhaber der väterlichen Gewalt auch bei Beleidigung großjähriger Kinder zustand, beseitigt; nur als Inhaber der elterlichen Gewalt steht ihm hinfort nach § 65 ein Antragsrecht bei Beleidigung seiner minderjährigen Kinder zu; Berlin KG. 28. Juni 02 G. 51 58.

b) Die Antragsberechtigung auf Grund des § 195, soweit sie hiernach noch bestehen geblieben ist, beruht übrigens nach den Motiven zu § 195 auf demselben Prinzip, wie die aus § 65 Abs. 1 S. 2 (früher Abs. 2; s. demgemäß das. N. 15 ff., 20 ff.; im übrigen vgl. Pollack GS. 62 388, insbs. 393); sie ist deshalb vor allem eine völlig selbständige; RG. II 9. Dez. 79 E. 1 29, München 29. Jan. 75, Dresden 19. Feb. 77 St. 4 337, 7 292, Berlin 4. März 79 O. 20 118. Während aber nach der allgemeinen Bestimmung des § 65 Abs. 1 S. 2 nur die Minderjährigkeit des Verletzten ein Antragsrecht seines Vertreters begründet, wird durch die Sonderbestimmung des § 195 im Falle einer Beleidgg. dem Ehemann bezüglich der Ehefrau als solcher — ohne Rücksicht auf die Minderjährigkeit der Ehefrau (Berlin 24. Jan. 77 St. 7 88) — ein selbständiges Antragsrecht eingeräumt.

Sowenig die Antragsberechtgg. selbst eine rein prozessuale Bedeutung hat (§ 61 N. 1), sowenig beruhen die Antragsberechtggen aus § 65 Abs. 1 S. 2 oder aus § 195 auf dem Gedanken einer bloß prozessualen Vertretung; die StPO. kennt eine solche, von den vereinzelten Bestimmungen der §§ 233, 322 abgesehen, überhaupt nicht, sondern nur eine Beistandleistung; das. § 149. Trotzdem bleibt der dem § 195 zugrunde liegende Gedanke derjenige der Vertretung der Beleidigten behufs wirksamer Wahrnehmung ihrer Rechte und müssen deshalb die hieraus sich ergebenden Folgerungen gezogen werden (vgl. N. 3₂); so Hälschner 2 208; aM. Pollack aO. S. 395.

2) Die Voraussetzung des 195 trifft nur zu, wenn die beleidigte Person zur Zeit der Beleidigung eine Ehefrau war; RG. II 9. Dez. 79 E. 1 29. Folglich liegt ein Fall des § 195 nicht vor, wenn eine Frauensperson vor ihrer Verheiratung, sei es auch innerhalb der letzten drei Monate vorher, beleidigt wurde; Finger 1 200 N. 273, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 2, Reber Antragsdel. S. 377.

Als Ehegatten („Ehefrau" und „Ehemann") i. S. des § 195 sind diejenigen Personen anzusehen, die miteinander in einer formell bestehenden Ehe leben (§ 171 N. 3a); denn so lange hat, was nach dem zu N. 1 Bemerkten für entscheidend erachtet werden muß, der Ehemann die Befugnis, die Rechte des anderen Teiles zu wahren; Reber aO.

3) Hinsichtlich der Auflösung der durch § 195 begründeten Antragsberechtgg. gilt das zum § 65 N. 15 Bemerkte entsprechend, weil auch hier einerseits das Bestehen mehrerer selbständiger Antragsberechtggen nebeneinander vorliegt, andererseits der Antragsberechtgg. aus § 195 gleichfalls der Gedanke der Vertretung zugrunde liegt (N. 1).

Es hebt deshalb der innerhalb der Antragsfrist des Ehemannes, jedoch vor der Antragstellung seinerseits, erfolgende Tod der beleidigten Ehefrau die Antragsberechtgg. des Ehemannes auf (so: Frank N. II, Köhler Strafantrag S. 42 N. 5, Reber Antragsdel. S. 377; aM.: RG. II 9. Dez. 79, I 26. Nov. 85, E. 1 29, 13 115, Binding Hb. 1 629 f., Hälschner 2 208, v. Wächter S. 389), namentl. aber erlischt die Antragsberechtgg. durch die rechtskräftige Auflösung des Ehebandes (so Binding, Hälschner, Reber aO.) sowie die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft gemäß BGB. § 1575 (Winkler GS. 58 245); aM. zit. RG. E. 1 29, weil das Antragsrecht ein selbständiges über die prozessuale Vertretung hinausgehendes sei; vgl. jedoch N. 1. Das RG. hat an seiner Ansicht auch nach der zus. Art. 34 VI EGBGB. abgeänderten Fassung festgehalten; vgl. das § 65 N. 15 zit. RG. E. 35 131.

Digitized by Google

4) Die Antragsberechtgg. aus § 195 ist von dem Umstande, ob der Beleidiger die Eigenschaft der Beleidigten als Ehefrau kannte, unabhängig, da nicht ein Tatbestandsmoment in Frage steht, sondern eine außerhalb des Tatbestandes liegende Bedingung der Strafverfolgung; Rubo § 196 N. 4 u. v. Schwarze § 196 N. 6 bezüglich der gleichen Frage beim § 196.

5) Über Bekanntmachungsbefugnis i. F. des § 195 vgl. § 200 N. 5b.

§. 196.

Wenn die Beleidigung gegen eine Behörde, einen Beamten, einen Religionsdiener oder ein Mitglied der bewaffneten Macht, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf begangen ist, so haben außer den unmittelbar Betheiligten auch deren amtliche Vorgesetzte das Recht, den Strafantrag zu stellen.

PrStGB. § 103 Abs. 2. Entw. I § 115 Abs. 2, II § 191.

Vgl. § 232 Abs. 3.

1) Gegen den Vorschlag des Entw., der in den Fällen des § 196 die Verfolgung von einem Antrage nicht abhängig machen wollte, ist zwar auf Beschluß des RT. am Antragserforderniſſe festgehalten, die Antragsberechtigung jedoch „außer den unmittelbar Beteiligten auch deren amtlichen Vorgesetzten" eingeräumt. Während der unmittelbar Beteiligte sein Antragsrecht behält (RG. I 16. Juni 81 E. 4 264), wird daneben ein selbständiges Antragsrecht des Vorgesetzten geschaffen; so die GM., insbs.: RG. II 20. Apr. 83 R. 5 270. Diese letztere — an sich nicht eingeschränkte und landesrechtl. auch nicht einzuschränkende (RG. I 28. Nov. 96, II 22. Dez. 03, E. 29 211, 37 37 [39]; vgl. § 194 N. 1_3) Antragsberechtgg. beruht jedoch nicht, wie i. F. des § 195 (das. N. 1b), auf dem Gedanken der Vertretung des Verletzten, sondern ist im Interesse der öffentlichen Ordnung, insbs. des öffentlichen Dienstes bzw. zur „Wahrung der Ehre des Amtes" gegeben; so die GM., insbs. RG. I 7. Apr. 81 E. 4 220. Es gelten deshalb die Ausführungen zum § 65 i. F. des § 196 nur insoweit, als es um die Selbständigkeit der Antragsberechtgg. sich handelt, während im übrigen verschiedene Grundsätze Platz greifen müssen (N. 7).

2) Voraussetzung des § 196 ist zunächst, daß die Beleidgg. erfolgte, während der Beleidigte noch die Stellung als „Beamter, Religionsdiener oder Mitglied der bewaffneten Macht" bekleidete; Beleidggen gegen einen verabschiedeten Beamten ꝛc., auch wenn sie auf die amtliche o. dienstliche Tätigkeit sich bezogen, begründen eine Antragsberechtgg. des — früheren — Vorgesetzten nicht; so RG. III 2. Mai 95 E. 27 193, I 20. Mai 95 G. 43 127; aM. bezüglich der pensionierten Beamten v. Schwarze N. 2; dabei ist allerdings zu beachten, daß die Verabschiedung zur Kenntnis des btr. Beamten ꝛc. gekommen sein muß, weil erst von da ab die amtliche o. dienstliche Funktion aufhört; ztt. RG. G. 43 127. Noch weniger ist natürlich von einem Antragsrechte des Vorgesetzten die Rede, wenn ein verstorbener Beamter beschimpft wird; denn in dem einzigen Falle, in dem das StGB. die Beschimpfung eines Verstorbenen bestraft (§ 189), steht die Antragsbefugnis kraft Sonderbestimmung lediglich den nächsten Verwandten zu (vgl. § 194 N. 2); so: RG. I 26. Nov. 85 E. 13 95, Frank N. 1, Reber Antragsdel. S. 379, jetzt auch Oppenh.-D. N. 3; aM. v. Schwarze N. 2.

Daß bei Äußerungen, die auf die Tätigkeit einer aufgelösten Behörde sich beziehen, eine Antragsberechtgg. des früheren Vorgesetzten nicht in Frage kommen kann, ist hiernach selbstverständlich. Andererseits freilich widerspricht es dem Gedanken der ausnahmsweise zugelassenen Beleidigungsfähigkeit einer Behörde (§ 185 N. 11b), wenn man solche nur annehmen wollte, solange eine physische Person, die bei der angegriffenen Hdlg. mitgewirkt hat, noch Mitglied der Behörde sei; so: Hälschner 2 172, Oppenh.-D. N. 3, Stenglein GS. 42 99; aM.: Dresden (OAG.) 9. Feb. 74 St. 4 148, (OLG.) 10. März 90 G. 39 167, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1.

Digitized by Google

3) Vorausgesetzt wird ferner eines der folgenden unmittelbaren Angriffsobjekte:

a. „eine Behörde"; vgl. §§ 114 N. 1, 185 N. 11 b. Abweichend von der an erfterer Stelle vertretenen Auffassung erscheint jedoch auf Grund der Nebeneinanderstellung von „Beamten" und „Religionsdienern" die Annahme begründet, daß im § 196 unter Behörden auch kirchliche Behörden zu verstehen seien und zwar nicht bloß, wie selbstverständlich, insofern sie staatliche Hoheitsrechte u. -pflichten wahrzunehmen haben; RG. IV 5. Juli 92 E. 23 202, Berlin 24. Jan. 78 St. 8 148 (btr. PrKreissynode in den älteren Provinzen bzw. Kreissynodalvorstand); auch falls die Beleidgg. nicht gg. alle Mitglieder der Behörde sich richtet, kann doch die Behörde als solche beleidigt sein; München OberstesLG. 22. Jan. 03 E. 3 185 (Beleidgg. der bürgerlichen Räte eines Stadtmagistrats);

b. „ein Beamter", d. h. ein solcher i. S. des § 359; Berlin OAG. 1. Nov. 71, München 22. Feb. 73, 13. Juni 74, St. 1 105, 2 247, 4 133. Gleichgültig ist dabei, ob die Anstellung des Beamten den gesetzlichen Erfordernissen entspricht; RG. I 3. Juni 80 E. 2 82;

c. „ein Religionsdiener"; vgl. § 130a N. 2;

d. „ein Mitglied der bewaffneten Macht"; vgl. § 113 N. 9 btr. des in gleicher Bedeutung gebrauchten Ausdrucks „Mannschaften der bewaffneten Macht".

4) Voraussetzung ist endlich, daß die Beleidgg. begangen sei, „während sie (d. h. die in N. 3 bezeichneten Personen) in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind" oder „in Beziehung auf ihren Beruf" — wobei „Beruf" hier (vgl. dagegen §§ 222_2, 230_2) in allgemeiner, das Amt mit umfassender Bedeutung gebraucht ist; Binding Lb. 2 379 N 2.

Von der Beleidgg. einer Behörde kann überhaupt nicht die Rede sein, falls nicht eine der beiden Alternativen zutrifft; es bedarf daher keiner ausdrücklichen Feststellung im Urteile, daß die eine oder die andere Alternative vorgelegen habe, da die Nachprüfung hinsichtlich der Antragsberechtgg. der Behörde in der höheren Instanz auf Grund der Feststellung der Beleidgg. selbst sich ermöglichen läßt; so: Berlin 18. Apr. 72 O. 13 263, München 7. Juli 77 St. 7 293, Ostern Alternativität S. 158 N. 5; aM. RG. I 13. Dez 86. E. 15 85, bei Beleidgg. einer Behörde gehöre es gemäß § 196 zu den gesetzl. Merkmalen der Tat, daß die Beleidgg. „in Beziehung auf den Beruf" begangen sei und erscheine es daher im schwurgerichtl. Verfahren notwendig, auch deren Beziehung auf den Beruf in die Frage aufzunehmen.

a) Einem Beamten rc. wird, „während er in der Ausübung seines Berufes begriffen" ist, eine Beleidgg. dann zugefügt, wenn diese mit der Berufsausübung zusammentrifft, also bei lediglich zeitlichem Zusammenhange; schon die Bloßstellung des Beamten „während" der Berufsausübung (vgl. § 130a N. 4a) — allerdings unter der Voraussetzung, daß der Beleidiger dabei anwesend ist (Frank N. III 1) — rechtfertigt das öffentl. Interesse an der Strafverfolgung. Angenommen wurde, daß ein PrReferendar in der Ausübung seines Berufs begriffen sei, wenn er während seiner Beschäftigung beim Amtsgerichte im Auftrage des Amtsrichters als Vertreter einer Partei, der das Armenrecht bewilligt ist, in einem vor dem Amtsgerichte schwebenden Rechtsstreit auftritt; RG. I 25. Apr. 95 E. 27 176. Übrigens findet § 196 selbst dann Anwendung, wenn die Ausübung eine rechtmäßige nicht gewesen sein sollte; RG. III 11. Jan. 81 E. 3 185, Geyer 2 38.

b) Wann eine Beleidgg. „in Beziehung auf den Beruf" eines Beamten rc. anzunehmen sei, unterliegt zwar wesentlich tatsächlicher Beurteilung, immerhin aber ist der rechtliche Gesichtspunkt zu wahren, daß der beleidigende Angriff auf den Beamten dessen amtliche Tätigkeit — obschon nicht notwendig eine konkrete Amtstätigkeit — zur Grundlage oder zum Gegenstande haben muß, derartig, daß z. B. eine Beleidgg. in Beziehung auf den Beruf nicht schon dann angenommen werden darf, wenn der Beamte einer — lediglich die Verletzung allg. Sittengesetze in sich schließenden — außeramtlichen Handlungsweise beschuldigt wird, deren Wahrheit ihn des Berufs unwürdig machen müßte oder einer Disziplinarbestrafung aussetzen könnte; die bloße Beziehung außerdienstl. Verhaltens auf die Amtsehre genügt daher nicht; RG. III 8. Dez. 80 E. 3 244, I 13. Juni 81, 5. Juli 94, 21. Sept. 99, R. 3 389, E. 26 34, 32 273, II 7. Jan. 81, 16. Juni 85, 23. Jan. 91, 10. Apr. 85, E. 3 246, 12 267, 21 336, R. 7 222, IV 3. Feb. 03 G. 50 135 (früher z. T. abweichend; vgl. R. 6 155 u. G. 39 64), München 5. März 75 St. 5 55, Berlin 29. Jan. 74 O. 15 44

Digitized by Google

(btr. § 232$_3$). Allerdings ist die zwischen der Beleidgg. und dem „Beruf" erforderte „Beziehung" nicht näher gekennzeichnet, so daß jede Beziehung ausreicht und die Art der Beziehung rechtlich bedeutungslos ist (RG. II 6. März 94 E. 25 157); immer aber muß die Beziehung auf den Beruf erkennbar sein (sie folgt keineswegs daraus, daß zur individuellen Erkennbarmachung der Person deren amtlicher Charakter beigefügt o. die Erkennbarkeit lediglich durch Bezeichnung nach der Berufsstellung bewirkt wird; zit. RG. E. 25 157), während die bloße Möglichkeit, eine solche Beziehung herzustellen, nicht ausreicht; so die zitt. RG. R. 7 222, E. 12 267, die derartige Beziehungen als vorliegend annehmen: wenn der Beruf der im § 196 bezeichneten Personen o. deren Berufstätigkeit zum Gegenstande der Beleidgg. gemacht ist, wenn die Beleidgg., in Wirklichkeit o. nach dem Inhalte der Kundgebung, im ursächl. Zusammenhange mit der Berufsausübung steht, wenn das Verhalten des Beamten gemäß der Behauptung zu dem vom Berufe erheischten Verhalten in Kontrast gesetzt wird, wenn ein außerdienstl. Verhalten zur Last gelegt wird, welches als Verletzung einer dieser Kategorie besonders auferlegten Berufspflicht sich darstellt. Diesem letzteren entsprechend hat RG. II 24. Feb. 85 E. 12 49, III 28. Sept. 85 R. 7 535 die Antragsberechtgg. des Vorgesetzten eines Mitgliedes der bewaffneten Macht in einem Falle angenommen, wo der Untergebene durch den Vorwurf des Waffenmißbrauchs außer Dienst beleidigt war. Dagegen haben die zitt. RG. R. 7 222, E. 12 267 die Antragsberechtgg. des Konsistoriums verneint in Fällen, wo dem unterstellten Geistlichen der Vorwurf des Ehebruchs und der Unzucht gemacht war, weil diese Verleumdungen nicht in ausdrückliche Beziehungen zum Amte gebracht waren. Dsgl. wurde die Beziehung verneint bei einem beleidigenden Angriff, der eine von einem Beamten vor Gericht abgelegte Zeugenaussage betraf, selbst falls letztere die amtl. Tätigkeit des Zeugen zum Gegenstande hatte (RG. II 5. Jan. 97 G. 45 28), ähnlich wurde verneint, daß bei Beleidigungen gg. einen Beamten, die auf ein von diesem als Sachverständigen in einem Zivilprozesse abgegebenes Gutachten sich bezogen, schon wegen des Zusammenhanges seiner Vernehmung mit seinen Berufserfahrungen die Beziehung auf seinen Beruf vorliege; zit. RG. E. 32 273.

5 a) Unter einem „amtlichen Vorgesetzten" ist jeder zu verstehen, dem die Dienstgewalt zusteht, in die Geschäftstätigkeit eines anderen, des untergebenen, Beamten befehlend u. ändernd einzugreifen und ihn mit bindenden Anweisungen zu versehen (RG. I 7. Apr. 81, 26. Nov. 96, E. 4 220, 29 273), wenn auch diese Dienstgewalt nicht als allgemeine auch die Disziplinargewalt einzuschließen braucht; RG. IV 4. Juni 97 E. 30 171, I 8. Feb. 00 G. 47 159. Bei Prüfung der Frage, welchem Vorgesetzten die Antragsberechtgg. beigelegt wird, ist vorweg abzulehnen die Meinung, daß das Vorgesetztenverhältnis in Betracht komme, das zu der Zeit bestand, in der seitens des Beamten eben die Hdlg. — z. B. ein Forstdiebstahl — begangen sein soll, auf welche die Beleidgg. sich bezieht; München 13. Juni 74 St. 4 133, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 5, Stenglein GS. 42 89 ff. Fraglich kann aber sein, ob gemeint sei der amtl. Vorgesetzte z. B. der gegen den Beamten ꝛc. verübten Tat — der Beleidgg. —, oder im Falle inzwischen eingetretener Unterstellung unter einen anderen Vorgesetzten dieser, oder aber beide. Nach dem Zwecke der gesetzlichen Vorschrift, die selbst eine ausdrückliche Entscheidung nicht trifft, erscheint es richtig, lediglich dem Vorgesetzten des Beamten zur Zeit der verübten Beleidgg. die Antragsberechtgg. zuzusprechen; denn es kommt auf die Wahrung des Interesses desjenigen Amtes an, dem der Beamte z. B. der gegen ihn verübten Beleidgg. angehörte; so: RG. I 25. Feb. 89 E. 19 25, Finger 1 194 N. 260, Frank N. IV, Rüd.-St. u. Stenglein aO.; aM. zit. München, der Wortlaut und die Natur der Sache spreche dafür, das z. B. der Antragstellung bestehende Dienstverhältnis entscheiden zu lassen, ebenso: Oppenh.-D. N. 19, Rubo N. 5, Reber Antragsbel. S. 379. Dabei ist es selbstverständlich, daß, wenn in der Person des Vorgesetzten ein Wechsel eintritt, dem betr. Amtsnachfolger das Antragsrecht zusteht.

Wegen Fortdauer der Antragsberechtigung nach Lösung des Verhältnisses durch Verabschiedung o. Tod des Beamten s. N. 7.

b) „Die amtlichen Vorgesetzten" der unmittelbar Beteiligten sollen Antragsberechtgg. haben, also nicht nur der unmittelbare Vorgesetzte, sondern ein jeder, insbs. auch der

Digitized by Google

höhere, mittelbare Vorgesetzte; RG. II 13. Dez. 81 R. 3 793 (R. 6a), Dresden 9. Feb. Berlin 4. Jan. 75, St. 4 148, 356. Dabei kann, indem die Antragsberechtigg. eines je Vorgesetzten eine selbständige ist (R. 1), der höhere Vorgesetzte den Strafantrag stellen, w auch der niedere den von ihm gestellten Antrag zurückgenommen hat; Berlin 4. Jan. O. 16 6, Reber Antragsdel. S. 380, Stenglein GS. 42 80. Andererseits kann ein vom deren Vorgesetzten gestellter Antrag nicht deshalb für ungültig erachtet werden, weil du landesrechtliche, gesetzliche oder Verwaltungsvorschriften dem höheren die Antragsberecht ausschließlich vorbehalten ist; aM. anscheinend RG. II 6. Mai 87 R. 9 307. Vorschrif der bezeichneten Art sind nur solche des inneren Dienstes.

c) Gleichgültig ist, ob der Beleidigte dem Vorgesetzten in allen Beziehungen unterste ist oder ob er mehrere Vorgesetzte nebeneinander hat; letzteres ist denkbar, nicht nur wei jemand verschiedene Ämter (Haupt- u. Nebenamt) bekleidet, sondern auch bei Militärpe sonen auf Grund besonderer Verhältnisse, so stehen z. B. die Garnisonen in festen Plätz unter den Befehlen des Kommandanten und der Truppenkommandeure (RG. II 7. Jan. 8 E. 3 246), ferner gewisse Militärbeamte, wie z. B. die Militärpfarrer (RG. I 21. Sept. 8 E. 7 79), sowohl unter einem vorgesetzten Militärbefehlshaber, als auch unter vorgesetzte höheren Beamten oder Behörden (vgl. Nr. II der Klasseneinteilung der Militärbeamten 1 12. Aug. 1901 RGBl. 284). Jeder solcher koordinierten Vorgesetzten hat ein selbständige Antragsrecht, allerdings nur hinsichtlich der Dienstsphäre, in der ihm der Beamte unter geordnet ist; RG. I 7. Apr. 81 E. 4 220 (R. 6a, b), zit. E. 7 79, 28. Nov. 96 E. 29 21 Ist das Dienstverhältnis so gestaltet, daß einem der koordinierten Oberen die Dienstaus sicht über alle Dienstgeschäfte zusteht, so ist er stets antragsberechtigt; so der militärisch Vorgesetzte wg. dienstlicher Beleidgg. eines Gendarmen; RG. III 5. Juli 86 R. 8 512 (in Pr.), I 28. Nov. 96 E. 29 211 (in Bayern); ebenso ist in Pr. der vorgesetzte Forstbeamte zur Antragstlg. berechtigt, wenn der untergebene Forstbeamte mit Beziehung auf eine von ihm als Hilfsbeamten der StAschaft, aber doch im Interesse des Forstdienstes vorgenom- menen Funktion beleidigt wird; RG. II 13. Dez. 92 E. 23 357. Versieht ein Beamter ver- schiedene Berufstätigkeiten, wegen deren er jedoch einem und demselben Vorgesetzten unter- stellt ist, so ist der von letzterem gestellte Antrag gültig, wenn er auch unter derj. Firma geschah, die tatsächlich deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Beamte bezüglich der anderen Berufstätigkeit beleidigt war; RG. II 19. Feb. 84 R. 6 134.

d) Der „amtliche Vorgesetzte", namentl. auch derjenige einer Behörde, kann selbst eine Behörde sein; RG. IV 28. Mai 86 E. 14 182, 12. Okt. 88 R. 10 565.

e) § 196 findet auch auf die Vorgesetzten ausländischer Beamten Anwendung; RG. I 31. März 81 E. 4 40, Binding Hb. 1 629 N. 17, nach v. Bar Lehrbuch S. 271 N. 26 jedoch nur, wenn das Recht des btr. ausw. Staates dem Vorgesetzten die gleiche Befugnis beilegt.

f) Bei Verhinderung des amtl. Vorgesetzten kann auch dessen Stellvertreter den Antrag stellen; RG. III 30. Dez. 80, 25. Feb. 82, II 6. Mai 87, R. 2 686, 4 207, 9 307 (R. 6a); vgl. jedoch auch I 8. Dez. 90 E. 21 231.

6) Wer im einzelnen Falle als „Vorgesetzter" des „unmittelbar Beteiligten" anzu- sehen sei, ist nach den Grundsätzen des Reichs- u. Staatsrechtes (Gesetz u. Dienstpragmatik) zu entscheiden. Die Praxis des RG. hat in Sonderfällen die Eigenschaft eines Vorgesetzten

a. angenommen im Verhältnisse:

des Kriegsministers eines der D. Bundesstaaten mit eigener Militärverwaltung gegenüber dem unter seiner Verwaltung stehenden Heere bzw. dessen Angehörigen; II 10. Dez. 86 E. 15 75, insbs. des Preuß. Kriegsministers btr. der Angehörigen des D.-Ost- asiatischen Expeditionskorps; II 2. Mai 02 E. 35 227;

des Kommandanten einer Festung btr. sämtlicher in ihr in Garnison stehender Offiziere; II 7. Jan. 81 E. 3 246;

des Gerichtsherrn gegenüber Kriegsgerichtsräten in ihrer Eigenschaft als Mitglieder eines Kriegsgerichts sowie des Kommandeurs derj. Division, von der Richteroffiziere gemäß MStGO. § 263 zur vorschriftsmäßigen Bildung eines Gerichts zugewiesen sind, gegenüber diesen Richteroffizieren; III 29. Sept. 02 E. 49 284;

Digitized by Google

des BayerGesamtministeriums sowohl bezüglich dieses selbst als auch bezüglich der einzelnen ihm angehörigen Staatsminister; I 13. Dez. 86 E. 15 85;

des GrHess. Justizministeriums gegenüber den Gerichten; I 27. Okt. 81 N. 3 654;

eines Landgerichtspräsidenten (bzw. bei seiner Verhinderung, in Pr. wenigstens, des ältesten Direktors) gegenüber den richterlichen Mitgliedern des Landgerichts (III 30. Dez. 80, 25. Feb. 82, N. 2 686, 4 207), bsgl. gegenüber dem Schöffengerichte bei einem unterstellten Amtsgerichte; (III 16. Mai, 28. März 89, E. 19 260, 263 nach dem Pr. bzw. dem Weimarschen AusführungsG. z. GVG.); bsgl. gegenüber einem im Bezirke angestellten Amtsrichter (I 23. Okt. 93 E. 24 340 nach dem HessAusführungsG. z. GVG. i. V. mit Art. 3 des G. v. 31. Mai 1879);

des Aufsichtsrichters eines Amtsgerichts — in Württemberg — gegenüber den richterlichen Beamten, bzw. — in Bayern — gegenüber dem Amtsgerichte selbst; I 17. März 84, 20. Jan. 87, E. 11 163, 15 212;

des Amtsrichters bzw. — in Pr. — auch des einem Amtsgerichte nur zu unentgeltlichen Beschäftigung überwiesenen Assessors gegenüber dem Amtsgerichte, wenn die Beleidgg. nur diesen einen Richter betreffs seiner amtl. Tätigkeit berührte; IV 27. Jan. 88 E. 17 88;

des Kassenkurators in Pr. gegenüber der Gerichtskasse; II 10. Jan. 88 N. 10 23; vgl. auch das § 288 N. 19 zit. IV N. 10 412;

einer PrGeneralkommission gegenüber den von ihr ernannten Kommissarien; IV 28. Mai 86 E. 14 182;

eines PrKonsistoriums gegenüber einer Kreissynode in den älteren Prov.; IV 5. Juli 92 E. 23 202; bzw. gegenüber einem Pfarrer, als Leiter einer Sonntagsschule in seiner Gemeinde; II 27. Mai 81 E. 4 205;

eines PrProvinzialschulkollegiums gegenüber den unterstellten Direktoren und Lehrern; III 6. Mai 87 N. 9 307 (s. u.);

eines PrRegierungspräsidenten gegenüber einem Landrat (insbs. in der Rheinprovinz); I 20. Apr. 91 E. 21 430;

einer PrRegierung, Abt. f. direkte Steuern, Domänen u. Forsten, gegenüber dem Vorsitzenden der Einkommensteuer-Veranlagungskommission; IV 4. Juni 97 E. 30 171 (s. jedoch u. b), auch falls der Vorsitzende Landrat ist (indem die Zugehörigkeit der in Frage kommenden amtl. Tätigkeit entscheide, nicht die sonstige dienstl. Stellung des sie Ausübenden); IV 13. Mai 02 E. 35 236;

eines PrLandrats gegenüber einem Amtsvorsteher in polizeilichen Angelegenheiten; I 7. Apr. 81 E. 4 220 (s. u. unter b);

eines PrAmtsvorstehers gegenüber den Gemeindevorstehern in bezug auf den polizeil. Beruf; II 23. Jan. 91 E. 21 336;

eines PrGymnasialdirektors gegenüber den Lehrern der Anstalt; zit. N. 9 307;

eines PrMagistrats gegenüber einer nach der PrStädteO. v. 30. Mai 1853 § 59 gebildeten Deputation; IV 12. Okt. 88 N. 10 565;

eines PrBürgermeisters gegenüber den Mitgliedern des Magistrats (bzw. seiner Unterbeamten) nach der zit. StädteO.; IV 16. Mai 93 E. 24 179; gegenüber den Bezirksvorstehern nach der StädteO. f. d. Rheinprovinz v. 15. Juni 1856; I 27. Nov. 90 E. 21 202;

der Schuldeputation eines PrMagistrats gegenüber einem Kommunallehrer; II 28. Okt. 81 N. 3 655;

eines Lokalschulinspektors sowohl wie einer evangel. Schulkommission in Pr. gegenüber einem Elementarschullehrer; I 4. Dez. 83 G. 41 417;

b. verneint im Verhältnisse:

des Aufsichtsrichters bei einem PrAmtsgerichte diesem gegenüber, insofern dieses in der besonderen Richtung als erkennendes Gericht in streitigen Rechtsangelegenheiten beleidigt ist, mit deren Verhandlung u. Entscheidung ein bestimmter Richter nach der Geschäftsverteilung ausschließlich betraut ist; I 2. Jan. 83 E. 7 404;

einer PrRegierung, Abt. f. direkte Steuern, Domänen u. Forsten, gegenüber dem Vorsitzenden der Einkommensteuer-Berufungskommission; das zu a zit. E. 30 171;

Digitized by Google

eines PrKreisausschusses gegenüber einem Amts- bzw. Gemeindevorsteher; das unter a zit. E. 4 220.

7) Hinsichtlich der Auflösung der durch § 196 begründeten Antragsberechtgg. gilt nach dem N. 1 Bemerkten nichts dasselbe wie im Falle des § 65 (N 15) bzw. des § 195 (N. 3). Es ist vielmehr mit Rücksicht auf den dem § 196 zugrunde liegenden Gedanken anzunehmen, daß die Antragsberechtgg. des Vorgesetzten bestehen bleibt, wenn nach der Beleidigung (N. 2) das Verhältnis als Beamter 2c. namentl. durch Verabschiedung o. Tod gelöst wird. So: RG. I 20. Mai 95 G. 43 127, Dresden OLG. 27. Apr. 99 SächsA. 20 405, Berner S. 489, Binding Hb. 1 630, Frank N. 1, Rüb.-St. N. 5, Nessel Antragsber. S. 20. AM.: v. Wächter S 389, Reber Antragsdel. S. 379.

8) Die N. 4 zum § 195 greift entsprechend auch hier Platz; so RG. I 25. Apr. 95 E. 27 176 (es finde daher auch § 59 insoweit keine Anwendung) u. das N. 4b zit. G. 50 135; aM. Rüb.-St N. 9, eine Beleidgg. sei nur dann gegen einen Beamten 2c. begangen, wenn der Täter diese Eigenschaft kannte. Es gibt deshalb, obschon eine besondere Amtsehre (§ 185 N. 2c γ), so doch kein besonderes Verg. der Beamtenbeleidigung (RG. III 8. Dez. 80 E. 3 244) und zit E. 27 176 (die Amtseigenschaft u. die Beziehung der Beleidgg. auf den Beruf des Beamten sei kein gesetzl. Tatbestandsmerkmal); es empfiehlt sich hiernach auch nicht, in die Schlußfeststellung selbst aufzunehmen, daß der Betreffende „als Beamter, während er in der Ausübung seines Berufes begriffen gewesen" beleidigt worden sei; vgl. Berlin 14. Juli 71, 22. Apr. 75, O. 12 330, 16 301. Mit Rücksicht auf die Strafzumessung kann aber die Revision auch auf Verkennung des Begriffs des „Beamten" gestützt werden; München OberstesLG. 4. Apr. 03 E. 3 279.

Es kann übrigens im Falle des § 196 dem Beleidiger nicht bloß das Bewußtsein davon gefehlt haben, daß er einen „in der Ausübung seines Berufs" begriffenen Beamten 2c. beleidigt habe, sondern es ist auch denkbar, daß beim — objektiven — Vorliegen einer „in Beziehung auf den Beruf" des Beamten begangenen Beleidgg. dem Beleidiger das Bewußtsein dieser Beziehung nicht beigewohnt habe (so das zit. RG. E. 27 176).

Selbst wenn der Richter mit Rücksicht auf die Beamteneigenschaft des Beleidigten eine Strafmehrung eintreten lassen will, braucht er nicht notwendig festzustellen, daß dem Beleidiger die Kenntnis von der Beamteneigenschaft des Beleidigten beigewohnt habe; denn bei der Strafzumessung kann auch der objektive Umstand (gleichsam als Erfolg der Hdlg.) berücksichtigt werden; vgl. jedoch Berlin 21. Nov. 72 (nicht 71) St. 2 168 sowie Rüb.-St. N. 9.

9) Prozessual ist hervorzuheben, daß StPO. § 502 nicht gegenüber dem amtl. Vorgesetzten anwendbar ist, der als solcher einen Strafantrag gestellt und zurückgenommen hat, da er im staatlichen Interesse, nicht als Privatperson, handelt; München OberstesLG. 26. März 02 E. 3 262.

§. 197.

Eines Antrages bedarf es nicht, wenn die Beleidigung gegen die gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats, oder gegen eine andere politische Körperschaft begangen worden ist. Dieselbe darf jedoch nur mit Ermächtigung der beleidigten Körperschaft verfolgt werden.

PrStGB. § 103 Abs. 1. Entw. I § 115 Abs. 1, II §§ 191, 192.

1) Die Bestimmung des § 197 durchbricht als einzige Ausnahme die Regel des § 194 (das. N. 1), wonach alle Verg. aus Abschn. 14 nur auf Antrag verfolgbar sind.

2) Diese Ausnahme tritt ein, wenn die Beleidgg. gegen „eine politische Körperschaft", namentlich gegen „eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats" (§ 105 N. 1b), begangen worden ist; RG. III 14. Dez. 82 E. 7 382, der Begriff der polit Körperschaft umfasse alle gesetzgebenden Vers. des DR. u. der Bundesstaaten. Nach dem Entw. II § 191 waren die politischen Körperschaften, unter Aufführung an erster Stelle, mit den im § 196 erwähnten „Behörden" 2c. zusammengestellt; auf Vorschlag der RTkommission wurde jedoch jener Ausdruck dort gestrichen und in den

Digitized by Google

§ 197 eingefügt. Wie aus der früheren Nebeneinanderstellung, so folgt aus der jetzigen Gegenüberstellung der Begriffe „politische Körperschaften" und „Behörden", daß sie einander ausschließen; so das zit. RG. Demgemäß sind Personeneinheiten, die nach Reichs- o. Landesstaatsrecht als Behörden i. S. des § 196 (das. N. 3a) anzusehen sind, keine „politischen Körperschaften" i. S. des § 197, so z. B. nicht das PrStaatsministerium; Berlin 6. Nov. 73 O. 14 686. Eine politische Körperschaft bezeichnet deshalb eine Mehrheit von Personen, die, ohne eine Behörde zu sein, in einer vom Reichs- o. Staatsrecht anerkannten Weise für Reichs- o. Staatszwecke tätig ist; Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1; ähnlich München 12. Feb. 72 St. I 162. Da es hiernach um staatsrechtlich bestehende Körperschaften sich handelt, nennt man sie im Gegensatz zu privaten einerseits u. religiösen andererseits „politische", ohne daß dadurch Körperschaften, die — wie Stadtverordneten-Versammlungen — mit Gemeindeangelegenheiten sich zu befassen haben, von deren Begriff ausgeschlossen würden; RG. I 15. Jan. 00 E. 33 66.

3) Die Bestimmung des § 197, die gleichzeitig die positive Anerkennung von der Beleidigungsfähigkeit einer „politischen Körperschaft" enthält (§ 185 N. 12), findet nur Anwendung, falls die politische Körperschaft als solche, nicht wenn nur ein Teil derselben oder ein einzelnes Mitglied beleidigt ist. Möglich ist aber, daß ein im Wortausdruck gegen einen Teil einer politischen Körperschaft, z. B. die Majorität oder eine Fraktion des RT., sich richtende Beleidgg. dennoch gleichzeitig eine solche der politischen Körperschaft selbst enthält; § 185 N. 4.

4) Wird auch ein Antrag nicht erfordert, so darf die Verfolgung doch nur „mit Ermächtigung" (§ 99 N. 3) der beleidigten Körperschaft stattfinden. Letztere kommt hierbei, wenn sie überhaupt eine ständige politische Einrichtung ist, nicht in ihrer jeweiligen vorübergehenden Zusammensetzung, sondern als fortdauernde Einheit in Betracht, so daß z. B. der nach vollzogenen Neuwahlen zu einer neuen Legislaturperiode zusammentretende RT. die Ermächtigung zu einer Strafverfolgung wegen Beleidigung des aufgelösten RT. erteilen kann; RG. III 14. Dez. 82 E. 7 382 (speziell btr. des Bundesrats), Hälschner 2 173, Frank N. II, v. Schwarze N. 4. Die Beleidgg. einer einmalig berufenen politischen Versammlung, wie z. B. des zum Zwecke der Beratung der Verfassung des NDB. berufenen RT., kann jedoch nicht mehr verfolgt werden, wenn sie ohne Erteilung der Ermächtigung aufgelöst ist; Binding Hb. 1 619.

Übrigens ist die Ermächtigung von der Körperschaft selbst zu erteilen (§ 194 N. 2), nicht von ihrem Vorstande; Hälschner 2 207 N. 3.

5) In prozessualer Beziehung hat die durch § 197 hinsichtlich des Antragserfordernisses begründete Ausnahme wichtige Folgen; vgl. deshalb Abschn. 14 N. 3₃.

§. 198.

Ist bei wechselseitigen Beleidigungen von einem Theile auf Bestrafung angetragen worden, so ist der andere Theil bei Verlust seines Rechts verpflichtet, den Antrag auf Bestrafung spätestens vor Schluß der Verhandlung in erster Instanz zu stellen, hierzu aber auch dann berechtigt, wenn zu jenem Zeitpunkte die dreimonatliche Frist bereits abgelaufen ist.

PrStGB. § 161. Entw. I § 171, II § 198.

Vgl. § 232 Abs. 3.

1) Die im § 198 aufgestellte, nach beiden Richtungen hin wirkende (N. 4, 5), Ausnahme von der über die Dauer der Antragsfrist geltenden Regel (§ 61 N. 28) greift Platz, wenn bei wechselseitigen Beleidggen von einem Teile auf Bestrafung angetragen worden ist.

„Wechselseitige Beleidigungen" sind zunächst, wie die verschiedene Ausdrucksweise in den §§ 198, 199 andeutet, nicht gleichbedeutend mit „auf der Stelle erwiderten Beleidigungen"; es ist daher die unmittelbare zeitliche Aufeinanderfolge kein Erfordernis für die Wechselseitigkeit; auch zeitlich auseinanderliegende Beleidggen können wechselseitige

Digitized by Google

sein. So die GM., insbs.: RG. II 4. Juni 80 E. 2 87; vgl. auch MStGO. § 4 u. dazu Steibel ZStrW. 23 130.

Was die positive Begriffsbestimmung der „wechselseitigen Beleidiggen" anbetrifft, so herrscht Streit, ob die Wechselseitigkeit einen ursächlichen bzw. tatsächlichen Zusammenhang der gegenseitigen Beleidiggen erfordere. Mit Recht hebt aber Rubo N. 1 hervor, daß gerade das Moment der ursächlichen Veranlassung der einen Beleidig. durch die andere die Unterscheidung zwischen wechselseitigen und gegenseitigen Beleidiggen bilde; durch den Gebrauch des Wortes „wechselseitig" im § 198 wird daher jener Zusammenhang verlangt. So: Dresden 29. Aug. 73, Stuttgart 11. Juni 73, St. 3 324, 326, 11, Berner S. 489, Dochow HH. 3 365, John HM. „Beleidgg." S. 269, Schütze S. 366, Frank N. 1 u. III, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 2 u. G. 22 9, Gorden G. 45 23. AM.: RG. II 4. Juni 80 E. 2 87 (das Erfordernis eines Zusammenhanges sei mit der Wortbedeutung nicht vereinbar), Berlin OTr. 31. Okt. 73 G. 21 529, Berlin KG. 23. Nov. 01 G. 49 143, München OberstesLG. 15. Dez. 00 E. 1 228, Geyer 2 39, Hälschner 2 209, v. Liszt S. 350 (321), Reber Antragsdel. S. 228, Kronecker G. 33 21, Gabler Üble Nachr. S. 85, Glaser 2 23, Ortloff ThürBl. 43 319, Lindemann G. 51 261.

2) Wenn auch das Erfordernis des Zusammenhanges (N. 1) der Beleidiggen nicht notwendig bedingt, daß beide Beleidiggen vor Beginn der Verhandlung über die eine erfolgt sein müssen, so deutet doch die Eingangsfassung „Ist bei wechselseitigen Beleidigungen von einem Teile auf Bestrafung angetragen worden," darauf hin, daß die Bestimmung auf Beleidiggen, deren jemand erst nach dem auf seinen Antrag eröffneten Verfahren sich schuldig macht, nicht zu beziehen sei, ganz abgesehen davon, daß die Verkürzung der Antragsfrist (N. 4) anderenfalls häufig sehr bedeutend sein würde. So: Dresden 29. Aug. 93 St. 3 324, Oppenh.-D. N. 1. AM.: München 7. Nov. 73 St. 3 193, Glaser 2 23 N. 22, Ortloff ThürBl. 43 320.

3) Unter allen Umständen müssen die wechselseitigen Beleidiggen zwischen den beiden „Teilen" begangen sein, d. h. im Verfahren auf öffentl. Klage zwischen dem Antragsteller und dem Angeklagten, im Privatklageverfahren zwischen dem Kläger und dem Beschuldigten; es greift deshalb § 198 nicht Platz, wenn nur eine Beleidgg. zwischen den Parteien selbst vorfiel, die andere aber zwischen dem Angeklagten und dem, wegen dessen Beleidgg. von der anderen Partei als gesetzlicher Vertreter bzw. als Ehegatte gemäß § 65 oder § 195 die Klage erhoben ist; so: München 4. März 73, 16. Juli 75, St. 2 274, 5 332, Dresden OLG. 30. Jan. 96 SächsA. 18 22, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 8, Kronecker G. 33 22, Stenglein StPO. § 428 N. 2 u. für den Fall des § 195 Löwe-H. StPO. § 428 N. 2b; aM.: Herzog GS. 26 207 N. * u. für den Fall des § 65 Löwe-H. aO. Ebensowenig findet deshalb § 198 Anwendung, wenn es auf der einen Seite um eine Verfolgung aus § 189 sich handelt; Rubo N. 2.

4) Zunächst verpflichtet § 198 „den anderen Teil", d. h. den, der bisher noch nicht auf Bestrafung angetragen hatte, es „spätestens vor Schluß der Verhandlung in erster Instanz" zu tun, führt somit, wenn dieser Verhandlungsschluß innerhalb der dreimonatigen Antragsfrist des § 61 liegt, ausnahmsweise deren Verkürzung herbei.

a) In dem Verfahren auf öffentliche Klage kann unter dem „Schluß der Verhandlung in erster Instanz" nur die Beendigung der Schlußvorträge in erster Instanz (StPO. § 257, MStGO. § 312) verstanden werden, nicht aber der „Schluß der Hauptverhandlung" i. S. des § 259 StPO. bzw. § 314 MStGO.; denn jene Wendung, die auf Antrag der RKommission an die Stelle der im Entw. bzw. im PrStGB. gebrauchten Worte „bis zur Verhandlung" trat, lehnt an die in den damaligen Prozeßgesetzen (vgl. z. B. PrStPO. v. 1867 § 264) gebräuchliche, in dem bezeichneten Sinne zu verstehende Ausdrucksweise sich an; so Binding Hb. 1 641; aM. Oppenh.-D. N. 6, der den Anfang der Verkündung des Endurteils für entscheidend hält.

Wenn der „andere Teil" im Anklageverfahren den Antrag auf Bestrafung des Gegners rechtzeitig stellt, so muß, allerdings gegen die Absicht der Motive, die Verhandlung über diese Beleidgg. dennoch im besonderen Verfahren erfolgen (RG. II 4. Mai 83 N. 5 317,

Digitized by Google

I 22. Okt. 96 E. 29 116, in dem auf öffentl. Klage anhängigen Strafverfahren sei die Anbringung einer Widerklage unstatthaft), da es an den prozessualen Formen für eine gleichzeitige Verhandlung fehlt, es müßte denn die StAschaft auch diese Verfolgung übernehmen, sie anhängig machen und demnächst das Gericht auf Grund der StPO. § 236 eine Verbindung beider Sachen beschließen; vgl. Berlin 28. Jan., 24. Nov. 75, O. 16 39, 749.

b) In dem Verfahren auf erhobene Privatklage (das der MStGO. unbekannt ist) kann der Antrag auf Bestrafung des Gegners im Falle einer wechselseitigen Beleidgg. gleichfalls nur „bis zur Beendigung der Schlußvorträge" (StPO. § 428) gestellt werden, und zwar gleichgültig, ob, wie regelmäßig, eine Widerklage nach § 428 das. zulässig, oder ob eine solche durch besondere Verhältnisse ausgeschlossen ist, sei es, weil der Privatkläger als Militärperson der Zivilstrafgerichtsbarkeit überhaupt nicht unterworfen ist (München 18. Nov. 76 St. 7 91), sei es, weil das Schöffengericht zufolge landesgesetzlicher Vorschriften auf Grund des EGGVG. § 6 sachlich nicht zuständig ist (vgl. Berlin 8. März 76 O. 17 179); v. Schwarze GS. 22 12 nimmt an, daß beide Injurien bei demselben Gerichte in einem Verfahren verhandelt werden müßten; allein § 198 enthält nichts über die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Widerklage zulässig und über sie gleichzeitig mit einer anderen Straffache zu verhandeln sei; so RG. I 17. Okt. 81 E. 5 133. Bei Unzulässigkeit der Widerklage gilt lediglich das zu a bezüglich des Anklageverfahrens Bemerkte, bei Statthaftigkeit der Widerklage kommt aber die Vorschrift der StPO. § 428_1 zur Anwendung, die hier ausdrücklich dieselbe Anordnung trifft. So: Binding Hb. 1 641 N. 1, Finger 1 203, Glaser 2 24, 26, v. Schwarze N. 1 u. StPO. § 428 N. 1, die Zeitbestimmung im § 198 StGB. erhalte hier ihre authentische Erläuterung. AM.: Oppenh.-D. N. 9 u. Löwe-H. StPO. § 428 N. 9, § 198 bleibe durch StPO. § 428 unberührt, bzw. die in beiden §§. angegebenen Zeitgrenzen fielen nicht zusammen.

5) Andererseits berechtigt § 198 „den anderen Teil", den Antrag auf Bestrafung des Gegners auch dann noch bis Schluß der Verhandlung zu stellen, „wenn zu jenem Zeitpunkte die dreimonatliche Frist bereits abgelaufen ist", führt somit unter Umständen ausnahmsweise eine Verlängerung der Antragsfrist herbei. Da es denkbar ist, daß bei wechselseitigen Beleidggen die zweite Beleidgg. erst nach Ablauf der Antragsfrist bezüglich der ersten begangen (N. 1) oder ihretwegen wenigstens erst nach diesem Zeitpunkt Privatkl. erhoben wurde, so ist nach § 198 selbst in einem solcher Fälle der Strafantrag noch oder richtiger wieder zulässig; es kommt nur darauf an, daß die Strafverfolgung der Beleidgg. noch nicht verjährt ist (vgl. § 61 N. $54\,Ib\alpha$). So: das N. 1_3 zit. RG. E. 2 87 (indirekt), Oppenh.-D. N. 1, Lindemann G. 51 263. AM.: Dresden 20. Apr. 72, Jena 18. Dez. 72, München 26. Juni 74, St. 1 374, 2 172, 4 104, Dresden OLG. 29. Apr. 97 SächsA. 18 416 (das zit. RG. behandle einen anderen Fall), v. Schwarze N. 5 u. G. 22 12, das bereits vor Begehung der Gegenbeleidigung erloschene Klagerecht habe nicht wiederhergestellt werden sollen; ferner Berlin KG. 23. Nov. 01 G. 49 143 (die Antragsfrist für die reconveniendo geltend zu machende Beleidgg. dürfe bei Erhebung der Privatkl. noch nicht abgelaufen sein; das sei auch der Standpunkt des zit. RG.).

Die Konsequenz ist, daß selbst ein schon früher wegen Verspätung bereits zurückgewiesener Antrag wieder zulässig wird.

6) Die Bestimmung des § 198 berührt den Grundsatz des § 65 nicht. Demnach kann der Privatbeklagte, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, den Antrag auf Bestrafung selbständig nicht stellen; § 65 Abs. 2. Hat er das 18. Lebensjahr vollendet, aber die Großjährigkeit noch nicht erreicht, so besitzt er zwar die materielle Antragsberechtigung auf Grund des § 65_1, dagegen nicht die formelle Fähigkeit, den Antrag zu stellen, soweit solches nach StPO. § 428_1 im Wege der Widerklage geschehen muß; denn die Fähigkeit, selbständig eine Privatklage bzw. Widerklage anzustellen, besitzt nach StPO. § 414_2 nur, wer keinen „gesetzlichen Vertreter" hat, also regelmäßig nicht der Minderjährige; so Löwe-H. StPO. § 428 N. 1; aM.: Rüd.-St. N. 4, Stenglein StPO. § 428 N. 1.

7) Das Prinzip des § 198 findet nach § 232_2 auch bei den auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzungen Anwendung. Im Hinblick auf § 233 muß angenommen wer-

Digitized by Google

den, daß § 198 bei Beleidggen u. Körperverletzgen gleichmäßig — ohne Rücksicht auf Gleichartigkeit der Hdlgen — Anwendung finden solle, also namentl. auch dann, wenn auf der einen Seite eine Beleidgg., auf der anderen eine Körperverletzg. begangen ist; so: Frank N. V, v. Schwarze § 232 N. 6, Glaser 2 23 f., Löwe-H. StPO. § 428 N. 2a, Ortloff Thür. Bl. 43 323; aM.: v. Liszt S. 321, Schütze S. 400 N. 21, Oppenh.-D. N. 11 u. § 232 N. 5, Rüd.-St. § 232 N. 7, Reber Antragsdel. S. 250, Nessel Antragsber. S. 21.

§. 199.

Wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, so kann der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären.

PrStGB. § 153. Entw. I § 164, II § 194.

1) Gleich den vorhergehenden §§. gibt auch § 199 eine Ausnahmebestimmung. Der Gesichtspunkt, aus dem das StGB. sie aufstellt, geht über den der Erwiderung (Retorsion) hinaus, weil § 199 beide Beleidiger und nicht bloß den eine erlittene Beleidgg. erwidernden Beleidiger straffrei zu lassen gestattet; es handelt sich also nicht lediglich um eine Straflosigkeit der Erwiderung, sondern vielmehr allgemeiner um die Aufrechnung (Kompensation) zweier von verschiedenen Seiten begangener Beleidigungen miteinander, von denen nur die eine unter den Gesichtspunkt der Retorsion fällt; vgl.: Dochow HH. 3 370, Hälschner 2 114 N. 2, Marcinowski G. 13 247; meist wird nur der Gesichtspunkt der Retorsion hervorgehoben, so von: Binding Normen 1 21, 130, Berner S. 490, Schütze S. 370, während v. Liszt S. 350 (321, 328) beide Ausdrücke gleichstellt, Kronecker GS. 41 194 N. 1 dagegen bemerkt, daß beide Worte zwei Seiten desselben Rechtsinstitutes bedeuteten: „Retorsion" die Tätigkeit des Erwidernden, „Kompensation" diejenige des Richters.

Der richtigeren Annahme zufolge ist der innere Grund für die Straffreiheit auf der einen Seite — des zunächst Beleidigten — das Handeln im Affekt (so auch RG. III 16. Juni 80 E. 2 181; vgl. jedoch I 17. Juni 97 G. 45 277, dieses Moment sei für den gesetzl. Begriff der Erwiderung auf der Stelle seitens des zuerst Beleidigten bedeutungslos), auf der anderen Seite — des ersten Beleidigers — die tatsächliche Vollziehung einer Bestrafung durch die Gegenbeleidgg. Im übrigen vgl. über die verschiedenen Auffassungen Kronecker aO. S. 195 ff. sowie Steinitz Kompensation S. 8 ff.

Eine weitere Ausdehnung erfährt das Prinzip der Aufrechnung im § 233; bei der Ausnahmenatur der Aufrechnung im Strafrechte ist es aber unzulässig, sie im Wege der Analogie noch bei anderen strafb. Hdlgen zuzulassen; RMG. Pl. 17. Mai 01 E. 1 134, insbs. 140 (Unanwendbarkeit auf MStGB. § 91), Dresden 4. Dez. 76 St. 7 98, Finger 1 525.

2) Voraussetzung für die Aufrechnung ist, daß „eine Beleidigung auf der Stelle erwidert" wurde. Darin liegt zunächst, daß die Beleidggen wechselseitige i. S. des § 198 (das. N. 1) seien, was auch die StPO. nach Fassung ihres § 500 annimmt; so die GM. Folgeweise kann Straffreiheit nicht eintreten, wenn es nicht um Beleidggen unter denselben Personen sich handelt; Dresden 20. Sept. 72, München 25. Mai, 16. Juli 75, Jena 24. Feb 76, St. 2 99, 5 60, 332, 6 292, Berlin 29. Juni 77 O. 18 491, Dresden OLG. 20. Okt. 98 SächsA. 20 302, München ObersteLG. 4. Okt. 02 E. 3 45, Finger 1 526, Hälschner 2 213, v. Liszt S. 283, Frank N. II 1, v. Schwarze N. 2, Steinitz Kompensation S. 53. Dagegen kommt es nicht darauf an, wer den Strafantrag stellt o. die Privatklage erhebt (z. B. ob der Ehemann für die beleidigte Ehefrau o. der gesetzl. Vertreter für den Strafunmündigen, wenn die Ehefrau o. dieser ihrerseits gleichfalls beleidigt haben); Berlin KG. 17. Jan. 90 G. 38 74, München OLG. 29. Nov. 92 E. 7 288, ObersteLG. 24. März 02 E. 2 317, Dresden OLG. 9. März 99 SächsA. 20 304, Oppenh.-D. N. 3, Kronecker GS. 41 218.

Erwiderungsbeleidggen können auch dann, wenn sie zur Kenntnis des Gegners nicht bestimmt waren, aufgerechnet werden; RG. II 21. Dez. 86 N. 8 779, Kronecker aO. S. 223.

Falls eine gemeinschaftliche Beleidgg. seitens mehrerer (§ 185 N. 18) erfolgt war, kann nur insoweit aufgerechnet werden, als der Verletzte seinen Angreifer wieder beleidigt

Digitized by Google

hat; deshalb kann, wenn jemand von zweien beleidigt und diese Beleidgg. nur gegen einen erwidert wurde, auch nur letzterer für straffrei erklärt werden; Kronecker aO. S 218. Über den praktisch wichtigen Fall der Mittäterschaft des Verfassers eines beleidigenden Zeitungsartikels und des verantwortlichen Redakteurs (N. 5) vgl. München 15. Dez. 74 St. 4 242.

3) Die Beleidggen müssen, an sich betrachtet, auf beiden Seiten strafbar sein; deshalb kann von einer Aufrechnung keine Rede sein, wenn auf der einen Seite die strafrechtliche Verantwortung wegen fehlender Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist; so: RG. III 23. Sept. 82 E. 7 100 (btr. § 233), Berlin 12. Juli 76, 2. Okt. 78, O. 18 502, 19 442, Finger 1 526, Hälschner 2 214, v. Liszt S. 283, H. Meyer S. 319, Frank N. II 3, Kronecker GS. 41 208, Heß Ehre S. 59; aM. Zimmermann G. 31 197. (Wegen des Ausschlusses der Aufrechnung im Falle des § 11 vgl. das. N. 5). Daraus ergibt sich, daß, wenn der Privatbeklagte eine angeblich ihm vom Privatkläger zugefügte Beleidgg. behufs Aufrechnung geltend macht, dem letzteren gestattet sein muß, bezüglich dieses Falles seinerseits den § 193 in Anspruch zu nehmen; denn stand dem Privatkläger bei seiner Äußerung der Schutz des § 193 zur Seite, so kann Privatbeklagter ihr gegenüber nicht für seine Gegenäußerung Straffreiheit beanspruchen; RG. III 16. Juni 80 E. 2 181, München OLG. 28. Dez. 99 E. 10 321, ObersteslG. 30. Juni 03 E. 3 385 (388), Hälschner 2 214, Kronecker aO. S. 210, Heß aO. Das Gesagte gilt übrigens auch dann, wenn dem Erwidernden das die Rechtswidrigkeit ausschließende Moment unbekannt war; zit. RG. E. 7 100 (btr. § 233 im Falle einer nicht strafb. Tätlichkeit seitens eines Beamten in seiner Amtsausübung), Kronecker aO. Liegt auf seiten des einen der beiden Täter nur ein persönl. Strafausschließungsgrund vor, so ist Aufrechnung möglich; so das N. 2 zit. München ObersteslG. E 2 317.

4) Die Beleidgg. muß endlich „auf der Stelle" erwidert worden sein. „Auf der Stelle" (vgl. auch §§ 213 N. 4, 233) ist hier, wie die GM. mit Recht annimmt, nicht örtlich zu verstehen, sondern von einer Erwiderung alsbald nach Kenntnisnahme von der erlittenen Beleidgg.; denn vor dieser Kenntnisnahme kann eine „Erwiderung" nicht gedacht werden. Nach dem inneren Grunde für die Straflosigkeit des zuerst Beleidigten (N. 1) wird man bei der Feststellung, ob eine Erwiderung auf der Stelle stattgefunden habe, namentlich darauf zu sehen haben, ob die Erwiderung noch im Affekt oder erst nach Ablauf einer zur Gemütsberuhigung hinreichenden Zeit stattgefunden habe; so die GM., insbs. Berlin 16. Juni 75 O. 16 449. Es ist aber dem N. 1 2 zit. RG. G. 45 277 zuzugeben, daß dies nicht unbedingt entscheidend ist, vielmehr der erforderliche innere Zusammenhang beider Beleidggen auch so gestaltet sein kann, daß selbst eine als Antwort auf eine erwartete Beleidgg. vorbedachte Beleidgg. straflos gelassen werden darf. Hiernach unterliegt es wesentlich der Beurteilung im Einzelfalle, ob eine Beleidigung auf der Stelle erwidert worden ist; Dresden 3. März 73, München 22. Nov. 72, Stuttgart 12. Juli 76, St. 3 11, 2 174, 6 269.

Das „Erwidern" ist nicht derartig wörtlich zu verstehen, daß bei mehreren wechselseitigen Beleidggen die Zahl der Beleidggen und Gegenbeleidggen völlig gleich sein müsse, um Aufrechnung wegen aller eintreten lassen zu können; eine solche kann vielmehr auch dann stattfinden, wenn die letzte unerwidert blieb, und es ist, falls eine zusammenhängende Reihenfolge aufrechnungsfähiger Hdlgen vorliegt, die Gesamtheit der auf der einen mit der Gesamtheit der auf der anderen Seite gegebenen in Vergleich zu stellen; in welcher Reihenfolge die beiderseitigen Beleidiggen vorgefallen sind, ist gleichgültig; Dresden 14. Mai 75 St. 5 344, München ObersteslG. 2. Jan. 03, 3. März 04, E. 3 160, 4 260, Kronecker GS. 41 222.

5) Nach der vorigen Note kann § 199 insbs. auch bei schriftlichen oder durch die Presse begangenen Beleidggen Anwendung finden (RG. III 16. Juni 80 E. 2 81, München KassH. 22. Nov. 72 St. 2 174, ObersteslG. 17. Feb. 00 E. 1 22), selbst dann, wenn es um Erwiderung einer mündlichen Beleidgg. sich handelt; so: München 4. Aug. 74 St. 3 149, Kronecker GS. 41 275, Klöppel RPreßr. S. 446; aM. v. Schwarze N. 8. Hieraus folgt, daß die sofortige Kenntnisnahme des Beleidigers von der gegen ihn begangenen Erwiderung der Beleidgg. kein Erfordernis ist, obschon der räuml. o. zeitl. Zusammenhang die regelmäßige Erscheinung bei der Erwiderung einer Beleidgg. auf der Stelle ist (vgl. das N. 1 2 u. 4 zit. RG. G. 45 277).

Digitized by Google

6) Die Vorschrift des § 199 ist an sich auf alle aus Abschn. 14 strafb. Beleidggen anwendbar, namentl. auch auf Beleidggen, deren Verfolgung auf Grund des § 196 beantragt wurde; Hälschner 2 213, v. Schwarze N. 5. Nach dem N. 2 bzw. § 198 N. 3 Bemerkten kann jedoch von der Befugnis des § 199 kein Gebrauch gemacht werden, wenn es auf der einen Seite um eine Bestrafung auf Grund des § 189 sich handelt; so Rubo N. 2; aM. Oppenh.-D. N. 1, 9, auch Kronecker GS. 41 202.

Auf Beleidggen, die nach Vorschriften in anderen Abschnitten strafbar sind, findet § 199 keine Anwendung; Finger 1 526, Kronecker aO.

7) Zu den Voraussetzungen des § 199 gehört nicht, daß beide Beleidggen gleichzeitig und vor demselben Gericht bzw. in einem verbundenen Strafverfahren — auf Klage und Widerklage — verfolgt werden bzw. gleichzeitig zur Aburteilung kommen; so: Berlin 10. Okt. 72, Dresden 18. Aug. 73, 14. Mai 75, München 22. März, 13. Aug. 75, 8. Jan. 76, Stuttgart 12. Juli 76, St. 2 99, 3 328, 5 344, 76, 338, 333, 6 269, München OLG. 25. Jan. 96 E. 9 9, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 5 u. § 233 N. 7, Steinitz Kompensation S. 61; aM.: München 5. Jan. 78 St. 8 170 (btr. § 233), Reber Antragsdel. S. 240, Heß Ehre S. 59. Auch das ist nicht erforderlich, daß die beiden Beleidggen überhaupt bei demselben Gerichte verfolgbar sind; es kann deshalb namentl. Straffreiheit des Beklagten auch dann eintreten, wenn der Kläger einer anderen Gerichtsbarkeit, z. B. der Militärgerichtsbarkeit, unterworfen (München 18. Nov. 76 St. 7 91, Oppenh.-D. N. 6), oder wenn er im Inl., wie die sog. Exterritorialen (§ 3 N. 21), gar nicht verfolgbar ist (Kronecker aO. S. 215, 202; Beling Exterritorialität S. 172).

Es bedarf aber nicht einmal eines Einwandes des Angeklagten bzw. eines Strafantrages, vielmehr kann der Richter den § 199 auch von Amts wegen anwenden, wenn er aus der Sachlage entnimmt, daß wechselseitige, auf der Stelle erwiderte Beleidggen vorliegen; so: Berlin 10. Okt. 72, München 13. Aug. 75, St. 2 99, 5 338, München OLG. 6. Juli 95 E. 8 353, ObersteLG. 2. Jan. 03 E. 3 160, Dochow HH. 3 372, Finger 1 527, Hälschner 2 214, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 5, Kronecker GS. 41 229, Steinitz Kompensation S. 62; aM.: Dresden 30. Juli 72 St. 2 98, v. Schwarze N. 3 A. 1 u. G. 22 11, Heß aO. S. 60. Jedenfalls aber muß der Richter über einen auf § 199 behufs Aufrechnung gestützten Einwand ausdrücklich sich aussprechen und die völlige Nichtberücksichtigung eines solchen Einwandes enthält eine Beschränkung der Verteidigung; RG. III 3. Dez. 79, II 1. Mai 88, I 24. Nov. 98, E. 1 112, 17 346, 31 347, v. Schwarze N. 15 A. 3, Steinitz aO. S 68. Andererseits muß eine Beleidgg. auf jeder Seite positiv festgestellt werden; die bloße Möglichkeit einer solchen, weil dem Angekl. eine entsprechende Behauptung nicht widerlegt werden kann, ist nicht ausreichend.

Aus dem Prinzip der Anwendbarkeit des § 199 von Amts wegen folgt andererseits die Unwirksamkeit eines Verzichtes des Beteiligten; Dochow HH. 3 372, Kronecker aO. S. 230, Steinitz aO. S. 52.

8) Aus der Natur der Aufrechnung ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Auch wer aktive Prozeßfähigkeit nicht besitzt, insbs. wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (§§ 65$_2$, 198 N. 6), kann selbständig einen Einwand aus § 199 erheben; Löwe-H. StPO. § 428 N. 1.

b) Eine Aufrechnung kann auch dann stattfinden, wenn die Strafverfolgung wegen der aufzurechnenden Beleidgg. überhaupt ausgeschlossen ist (Kronecker GS. 41 216), also namentl. wenn der Angeklagte (Privatbeklagte) auf die Strafverfolgung wegen der ihm zugefügten Beleidgg. verzichtet hatte (Dresden 30. Juni 76 St. 7 97) oder wenn die Antragsfrist wegen dieser Beleidigg. bereits abgelaufen war (Berlin 10. Okt. 72, Dresden 19. Juli 75, St. 2 99, 5 337, Dochow HH. 3 372, Hälschner 2 215, v. Schwarze N. 6 u. G. 22 11), ja sogar auch dann, wenn wegen der Gegenbeleidgg. in einem anderen Verfahren bereits rechtskräftig auf Verurteilung des anderen Teiles, des Privatklägers (München OLG. 6. Dez. 87 E. 4 548), dagegen nicht, wenn rechtskräftig auf Freisprechung — selbst aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte — erkannt ist; so München OLG. 4. Okt. 94 E. 8 129, weil durch die erhobene öffentliche Klage die ganze Strafverfolgung auch zu Ungunsten des Privat-

Digitized by Google

klageberechtigten konsumiert und damit die Voraussetzung der Aufrechnung, das Vorliegen einer strafb. Beleidgg., ausgeschlossen sei; so Finger 1 527; aM.: München OLG. 6. Feb. 97 E. 9 214, Oppenh.-D. N. 6.

c) Wenn der Antrag auf Bestrafung nach der Vorschrift des § 198 (das. N. 4) verspätet gestellt wurde, z. B. erst in der Berufungsinstanz, so ist dennoch auf Grund der betreffenden Anführung zu prüfen, ob eine Aufrechnung einzutreten habe; München 4. Dez. 72 St. 2 173, v. Schwarze N. 11 u. G. 22 11.

9) Liegen die Voraussetzungen des § 199 vor, so steht es im Ermessen des Richters („kann"), ob er „beide Beleidiger oder einen derselben" für straffrei erklären wolle. Ersteres ist natürlich nur möglich, wenn gegen beide Teile Klage bzw. Widerklage erhoben war; Berlin 10. Okt. 72 St. 2 99. Ist aber gegen den Kläger nur die Aufrechnung einwandsweise geltend gemacht, so darf jener nicht für „straffrei" erklärt werden, da seine Bestrafung gar nicht in Frage kam; München 8. Jan. 76 St. 5 333.

10) „Straffrei" darf der Richter erklären; die Schuldfrage bleibt sonach völlig unberührt. Es handelt sich also um eine dem Richter der Straffrage zustehende Befugnis, somit um einen — wenn auch fakultativen — Strafausschließungsgrund i. S. der StPO. § 266$_2$; RG. II 1. Mai 88 E. 17 346, Berlin 20. Mai 71 O. 12 281 (btr. § 233), Finger 1 527, Johow ZStrW. 1 279, Binding Normen 1 231 f. (Strafaufhebungsgrund); aM. v. Liszt S. 283, es handele sich um eine Erweiterung des dem Richter bei Bestimmung der Strafe zugewiesenen Spielraums.

Die Befugnis geht dahin, die Strafe ganz zu erlassen (wg. des Einflusses des Erlasses im Falle einer Idealkonk. vgl. § 73 N. 24a aE.). Ein Strafmilderungsrecht (vgl. § 233), das übrigens mit Rücksicht auf die bei mild. Umst. zugelassenen Strafmindestbeträge von nur geringer praktischer Bedeutung sein würde (vgl. jedoch die Unzulässigkeit der Haft im Falle des § 187), steht dem Richter nicht zu; Dresden 3. März 73 St. 3 11, Oppenh.-D. N. 9. Es hindert dies natürlich den Richter nicht, bei der Strafzumessung innerhalb des gesetzl. Strafrahmens zu berücksichtigen, daß die Schuld des zu Strafenden zum Teil durch die des Gegners aufgewogen werde; Hälschner 2 214.

Von der Verhängung der im § 41 (das. N. 6$_3$) vorgesehenen Maßregeln darf der Richter nicht Abstand nehmen, da sie keine Strafe sind; Kronecker GS. 41 234, Steinitz Kompensation S. 74.

11) Soweit der „Richter", d. h. der erkennende (Rubo N. 4 u. § 233 N. 4, Kronecker GS. 41 227), von der Befugnis des § 199 Gebrauch macht, liegt eine erkannte Strafe nicht vor; wegen der hieraus sich ergebenden Folgen vgl. §§ 64 N. 4, 188 N. 6, 200 N. 2.

§. 200.

Wird wegen einer öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigung auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Beleidigten die Befugniß zuzusprechen, die Verurtheilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben ist in dem Urtheile zu bestimmen.

Erfolgte die Beleidigung in einer Zeitung oder Zeitschrift, so ist der verfügende Theil des Urtheils auf Antrag des Beleidigten durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen, und zwar wenn möglich durch dieselbe Zeitung oder Zeitschrift und in demselben Theile und mit derselben Schrift, wie der Abdruck der Beleidigung geschehen.

Dem Beleidigten ist auf Kosten des Schuldigen eine Ausfertigung des Urtheils zu ertheilen.

PrStGB. § 163. Entw. I § 173, II § 195.
Entw. d. StGN. Art. 1 § 200. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1003 f.

Digitized by Google

Zu Absatz 1. N. 1—10.

1) Voraussetzung ist im Falle des Abs. 1 zunächst eine Beleidgg., die entweder „öffentlich" oder „durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen" begangen ist; vgl. deshalb § 186 (das. N. 6), wo dieselbe Wendung, nur in teilweise anderer Wortstellung, gebraucht ist. Liegt eine öffentliche Beleidgg. in dem daselbst angegebenen Sinne vor, so ist es gleichgültig, ob der beleidigende Charakter der Äußerung infolge der Versteckheit der Beziehungen, aus denen die Beleidgg. zu entnehmen war, nur von einzelnen, ja sogar nur von dem Beleidigten selbst, verstanden wurde; so Berlin 13. Juli 77 O. 18 532; aM. Dresden 3. Mai 78 St. 8 156.

2) Weitere Voraussetzung des Abs. 1 ist, daß „wegen einer Beleidigung" der in N. 1 bezeichneten Art „auf Strafe" erkannt sei. Das erstere ist nicht der Fall, wenn auf Grund des PreßG. § 21 wegen Fahrlässigkeit gestraft wird; RG. IV 2. Feb. 86 E. 13 319. Das zweite Erfordernis fehlt, wenn zwar wegen Beleidgg. Verurteilung erfolgt, dagegen auf Grund des § 199 (das. N. 11) Straffreiheit gewährt ist; Kronecker GS. 41 233. In beiden Fällen entfällt daher die Anwendung des § 200_1.

Dagegen fehlt es an der erforderlichen Voraussetzung keineswegs, wenn bei Idealkonkurrenz einer Beleidgg. mit einer anderen strafb. Hdlg. die Strafe nach § 73 nicht aus §§ 185 ff., sondern aus dem anderen Strafgesetze bemessen wurde; denn auch dann erhält die „Beleidigung" ihre Strafe (§ 73 N. 34) und die vorgeschriebene ausschließliche Anwendung des die schwerste Strafe androhenden Gesetzes steht nicht entgegen, weil es hier nicht um eine Strafe sich handelt (N. 4 u. § 73 N. 32). So: Binding Lb. 1 163, H. Meyer S. 441 (397), Frank N. 1, Stenglein St. 5 265 N.*, Fuchs G. 29 234. AM.: RG. I 7. Apr. 81, BStS. 17. Apr. 82, E. 4 218, 6 180 (weil die Bekanntmchgsbef. eine Strafe sei), Berlin 16. Juni 75 O. 16 449 (trotz des Anerkenntnisses, daß sie keine Strafe sei), Geyer 2 39 (infolge der verkehrten Vorschrift des § 73), Lucas S. 310, Merkel HH. 4 230, Meves N. 6, v. Schwarze N. 4 u. GS. 34 599 (vgl. auch 24 283 f.). Bischoff G. 29 141.

3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 vor, so hat der Richter, namentl. auch im Falle des § 197 (Meves N. 1), die Pflicht („ist"), dem Beleidigten die „Befugnis" zuzusprechen: „die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen"; Dresden 27. Okt. 76, Stuttgart 30. Mai 77, St. 7 98, 285, Hälschner 2 211. Dieser richterliche Ausspruch gehört naturgemäß in den „verfügenden Teil des Urteils", den „entscheidenden Teil" oder die „Urteilsformel" i. S. der StPO. §§ 40_2, 267. Daselbst wird ihrer Natur wegen ebenfalls die vorgeschriebene Bestimmung über die „Art der Bekanntmachung sowie die Frist zu derselben" zu erfolgen haben; vgl. § 165 N. 2_3.

Der Wortlaut des Gesetzes schließt die Wirksamkeit eines Verzichtes seitens des Beleidigten auf Zuerkennung der Bekanntmchgsbef. aus. Ist aber der richterliche Ausspruch erfolgt, so hat der Beleidigte nunmehr die „Befugnis" zur Bekanntmchg., ohne Verpflichtung dazu.

4) Über die Natur der zuzusprechenden Befugnis herrscht Streit; doch ist sie mit Rücksicht darauf, daß die Vollstreckung dieses Teiles des Urteils in die Willkür des Beleidigten gestellt ist (N. 3_3), und der historischen Entwickelung zufolge richtiger nicht als Strafe, deren Vollstreckung obligatorisch ist (vgl. § 346), sondern als eine Privatgenugtuung des Verletzten (E. I Abschn. 1 N. 5b) aufzufassen. So: Berlin 16. Juni 75, 3. Okt. 76, St. 5 264, 6 279, Finger 1 509 f., John HRl. „Beleidgg." S. 266, v. Liszt S. 351 (250), Löning S. 55, H. Meyer S. 397, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 1, Francke, Fuchs, G. 20 19, 29 422 ff., Klöppel RPreßr. S. 442; auch Binding Lb. 1 163, insofern er den Strafcharakter leugnet. AM.: RG. BStS. 17. April 82, I 5. Dez. 01, E. 6 180, 35 18, RMG. I 7. Okt. 01 E. 2 18, Berlin 9. Sept. 74, 17. Juli 76, O. 15 547, 17 527, Stuttgart 30. Mai 77 St. 7 285, Dochow HH. 3 367, Hälschner 2 213, Lucas S. 307, Schütze S. 364, Meves N. 4, Rüd.-St. N. 10, Reber Antragsdel. S. 140, Bischoff G. 29 141 N. 3 (beschämende Ehrenstrafe), endlich Merkel S. 173 (privater Strafanspruch). Eine Folge aus dem Strafcharakter der Bekanntmchgsbef. zieht RG. IV 2. Feb. 86 E. 13 319 dahin, daß auf sie wegen

Digitized by Google

des im PreßG. § 21 vorgesehenen Fahrlässigkeitsdeliktes nicht erkannt werden dürfe. Vgl. übrigens auch das zu § 165 N. 1 zit. RG. E. 16 73.

5) Dem „Beleidigten" ist die Befugnis zuzusprechen. Darüber, ob dies auch dann noch zu geschehen habe, wenn er inzwischen verstorben, vgl. § 165 N. 2b. Im übrigen fragt es sich, ob der Ausdruck „Beleidigter" genau zu verstehen sei, oder ob die Befugnis unter Umständen auch anderen Personen als dem Beleidigten selbst zugesprochen werden dürfe.

a) Zunächst kommt der Fall des § 189 in Betracht; einen inneren Grund für die Nichtanwendung des $§ 200_1$ auf ihn gibt es nicht, vielmehr scheint gerade hier mit Rücksicht auf den Charakter der Beschimpfung eine öffentl. Bekanntmchg. besonders angebracht; da aber die richterliche Ermächtigung gegenstandslos sein würde (Binding Lb. 1 164), falls „Beleidigter" im Abs. 1 wörtlich aufzufassen wäre, so erscheint es richtig, wenn in einem solchen Falle auf Grund ausdehnender Auslegung dem Antragsteller ($§ 189_3$) die Befugnis zugesprochen wird. So: Hälschner 2 211, Schütze S. 365, Meves N. 1, Oppenh.-D. N. 1 u. § 189 N. 9, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze N. 3, jetzt auch Frank N. 1. AM.: RG. III 18. Feb. 80 R. 1 360 (s. u. b), Binding aO., Dochow HH. 3 368 N. 5, weil das Verg. aus § 189 keine Beleidgg. sei; allein es ist gerade die Frage, ob es nicht hier, wie in den meisten Bestimmungen des Abschn. 14 (das. N. 2), als Beleidgg. i. w. S. mitgemeint sei.

b) Ferner kommen die Fälle in Frage, in denen anderen Personen als dem Beleidigten selbst eine selbständige Antragsberechtigung zusteht. Unbedenklich erscheint vor allem, daß die Befugnis, mag sie auch dem Beleidigten selbst zugesprochen werden, durch denjenigen auszuüben ist, der den Strafantrag auf Grund des $§ 65_2$ gestellt hat, während der Verletzte selbst dazu nicht befugt war; Hälschner 2 211. Soweit aber eine selbständige Antragsbefugnis eingeräumt ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Beleidigte ebenfalls selbständig zum Antrage berechtigt ist (§ 65 Abs. 1 S. 2, sofern der Verletzte das 18. Lebensjahr vollendet hat, und § 195), scheint die Konsequenz des Gedankens der Vertretung erst recht zu verlangen, daß dem Vertreter des Beleidigten die Befugnis zuzusprechen sei. Was endlich § 196 betrifft, so ist für diesen Fall eine gleiche ausdehnende Auslegung gerechtfertigt, weil das selbständige Antragsrecht dort im öffentlichen Interesse gegeben ist, dem die Befugnis zur Bekanntmchg. des Urteils gleichfalls dient; die Privatgenugtuung (N. 4) verwandelt sich hier in eine Genugtuung gegenüber der öffentlichen Behörde, welcher der Beleidigte angehört, woraus weiter folgt, daß, falls der Vertreter der Behörde, der den Strafantrag gestellt hat, inzwischen verstorben, die Befugnis dem zeitigen Vertreter zuzusprechen ist. So allgemein v. Liszt S. 351 u. Frank N. III, bezüglich der §§ 195, 196: Binding Lb. 1 163, v. Schwarze N. 10, Herzog GS. 24 201, bezüglich des § 196: RG. zit. R. 1 360, II 24. Sept. 86, 21. Sept. 00, E. 14 327, 33 396, Berlin 9. Sept. 74 O. 15 547, Rüd.-St. N. 8. AM. bezüglich der §§ 65_2, 189, 195: zit. RG. R. 1 360, weil hier „gewissen anderen zum Strafantrage berechtigten Personen der Verletzte oder der Beleidigte als solcher entgegengestellt werde, während § 196 den Beamten den unmittelbar Beteiligten nenne und damit auf den Vorgesetzten als den mittelbar Beteiligten verweise", sowie IV 21. Apr. 03 G. 50 280 (auch falls der Ehemann aus eigenem Recht den Antrag gestellt habe, sei die Befugnis der Frau zuzusprechen), bezüglich der §§ 195, 196: Hälschner 2 211 (wegen des Wortlautes), bezüglich des § 195: München 29. Jan. 75 St. 4 337, Dochow HH. 4 269 N. 12, Rüd.-St. N. 4.

c) Den Erben des Beleidigten ist die Befugnis nicht zuzusprechen (vgl. § 165 N. 2); Binding aO., Lucas S. 307.

6) Die Befugnis, die „Verurteilung" bekannt zu machen, erstreckt sich, falls die Verurtlg. auch andere strafb. Hdlgen des Angeklagten betreffen sollte, nur auf die Verurtlg. wegen Beleidigung; RG. II 19. Dez. 93 G. 41 423, Berlin 8. Nov. 78 O. 19 519. Vgl. jedoch § 192 N. 4, womit das u. N. 7 zit. RG. E. 23 325 für den Fall einer erkannten Gesamtstrafe übereinstimmt.

Was unter „Verurteilung" zu verstehen sei, kann zweifelhaft sein; die engere Auslegung des Wortes als „Urteilsformel" i. S. der StPO. §§ 267, 273 spricht zwar zugunsten des „Schuldigen", allein es gehören nicht nur an sich zur „Verurteilung" alle

Digitized by Google

wesentlichen Bestandteile eines verurteilenden Strafurteils, sondern es spricht für die weitere Auslegung auch der Zweck der Vorschrift, die Leistung einer Privatgenugtuung (N. 4), der bei einer gebotenen Beschränkung der Bekanntmachung auf die Urteilsformel (N. 3) häufig nicht erreicht werden würde; dazu kommt, daß die Sondervorschrift des Abs. 2 (N. 11) die Veröffentlichungspflicht ausdrücklich auf den „verfügenden Teil des Urteils" beschränkt, eine gleiche Beschränkung aber im Falle des Abs. 1 hätte ausgesprochen werden müssen, wenn sie beabsichtigt worden wäre; RG. III 17. Okt. 89 E. 20 1, Lucas S. 308. Die allg. Gründe dieser Ansicht nötigen zu einer entsprechenden Auslegung der Vorschrift des § 165_1 (so: Oppenh.-D. § 165 N. 3, v. Schwarze § 165 N. 1; aM.: Rubo § 165 N. 2, Heß Falsche Ansch. S. 62), für die übrigens auch die Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Abs. 1 des § 200 spricht.

7) Die „Art der Bekanntmachung" ist vom Richter nach seinem Ermessen zu bestimmen, also namentl. nach der Richtung, in welcher Weise die Bekanntmchg. zu geschehen habe, beispielsweise ob durch Veröffentlichung in einer Zeitung bzw. in mehreren oder in einer Zeitung wiederholt (RG. III 9. Feb. 81 N. 3 26) oder durch Aushang an der Gerichtsstelle. Nach dem N. 6_2 Bemerkten unterliegt es dem richterlichen Ermessen, in welchem Umfange die Verurteilung bekannt zu machen sei (ob nur die Urteilsformel oder auch ganz o. teilweise die Gründe), was insbs. für den Fall einer Verurtlg. wg. mehrerer strafb. Hdlgen gilt, von denen nur eine die Bekanntmchg. rechtfertigt; dabei wird neben dem Zwecke der Vorschrift zu berücksichtigen sein, daß der Inhalt der Bekanntmchg. in solchem Falle dem Verurteilten am wenigsten nachteilig sei (RG. II 25. Nov. 92, I 25. Apr. 95, E. 23 325, 27 176); hiernach bleibt es dem erkennenden Richter auch überlassen, ob er die Strafe, sei es die Gesamtstrafe oder die bezügliche Einzelstrafe, in die Bekanntmchg. überhaupt mit aufnehmen will (RG. I 8. Okt. 88 N. 10 548), u. keinesfalls kann bei solcher Sachlage die Bekanntmchg. der Gesamtstr. für gesetzwidrig erachtet werden (so die zitt. RG. E. 23 325, 27 176).

8) Die „Frist zu der Bekanntmachung" ist gleichfalls nach richterlichem Ermessen zu bestimmen; s. jedoch N. 9_1. Bei der Versäumung der Fristbestimmung unterliegt das Urteil der Vernichtung; RG. II 12. Okt. 88 N. 10 564 (btr. § 165).

9) Die „Befugnis" zur Bekanntmchg. ist „dem Beleidigten" zuzusprechen. Daraus folgt, daß ihm selbst, wie im Falle des § 165 dem „Verletzten" (Heß Falsche Ansch. S. 62), obliegt, die Bekanntmchg. nach eingetretener Rechtskraft des Urteils (StPO. § 481) in der bestimmten Art und Frist herbeizuführen, falls er die Befugnis ausüben will. Gelingt ihm dieses nicht, so wird man allerdings die Strafvollstreckungsbehörde nicht nur für berechtigt, sondern auch für verpflichtet halten müssen, zur Ausführung des Urteils mitzuwirken; Dresden 28. Jan. 78, Berlin 3. Okt. 76, 28. Nov. 78, St. 8 151, 6 339, O. 19 552. Hieraus ergibt sich ferner, daß die bestimmte Frist als gewahrt gelten muß, wenn der Beleidigte rechtzeitig Schritte tat, um die Bekanntmchg. innerhalb der Frist herbeizuführen, mag ihm solches auch nicht gelingen.

War als Art der Bekanntmchg. die Veröffentlichung in einer Zeitung bestimmt, so hat der Beleidigte kein Mittel, den Redakteur zur Aufnahme der Bekanntmchg. zu zwingen, also selbst nicht die beleidigte Behörde; v. Liszt Preßrecht S. 90. Die GM. nimmt jedoch mit Recht an, daß es, wenn die zur Mitwirkung angerufene Strafvollstreckungsbehörde dem Redakteur die Veröffentlichung aufträgt, um eine amtliche Bekanntmchg. i. S. des PreßG. § 10 sich handele; so: zit. Dresden, Kayser HG. 4 385, Berner Preßrecht S. 221, v. Liszt aO., v. Schwarze PreßG. § 10 N. 1, Thilo PreßG. § 10 N. 4.

10) „Auf Kosten des Schuldigen" erfolgt die Bekanntmchg. der Verurteilung; wie aber die Herbeiführung der Bekanntmchg. selbst Sache des Beleidigten ist, so auch die Beitreibung der Kosten der Bekanntmchg.; Berlin 3. Okt. 76 St. 6 379. Der Beleidigte hat daher auch die Kosten nötigenfalls vorzuschießen, wenn er die Vermittelung der Strafvollstreckungsbehörde behufs Herbeiführung der Bekanntmchg. in Anspruch nimmt; Frank N. 1, v. Schwarze N. 9.

Mehrere in bezug auf dieselbe Beleidgg. Verurteilte haften wegen der dem Be-

Digitized by Google

leidigten durch die Ausübung der Bekanntmchgsbef. entstandenen Kosten als Gesamtschuldner; RG. II 4. Okt. 04 E. 37 267.

Zu Absatz 2. N. 11—13.

11) Im Abs. 2 wird der Fall behandelt, wenn die Beleidgg. „in einer Zeitung oder Zeitschrift erfolgte"; es handelt sich also um einen Sonderfall. Die für diesen getroffene Vorschrift schließt aber die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des Abs. 1 keineswegs aus; das Recht des Beleidigten, daß ihm die Bekanntmchgsbef. zugesprochen werde, und sein Anspruch auf amtliche Veröffentlichung „des verfügenden Teils des Urteils" bestehen nebeneinander; so die GM., insbs. RG. III 14. Apr. 80, 17. Okt. 89, R. 1 598, E. 20 1. Absatz 2 bildet, wie RG. I 27. Mai 86 E. 14 153 ausführt, nur eine aus Abs. 1 zu ergänzende Zusatzbestimmung; lediglich betreffs der im Abs. 1 dem richterlichen Ermessen überlassenen Art der Veröffentlichung hat Abs. 2 bei Beleidggen in Zeitungen und Zeitschriften eine bestimmte Form vorgezeichnet — abgesehen davon, daß die Herbeiführung der Veröffentlichung der Strafvollstreckungsbehörde übertragen ist (N. 12). Wenn hiernach im Falle des Abs. 2 dem Beleidigten die Bekanntmchgsbef. gleichfalls ausdrücklich zuzuerkennen ist, so folgt daraus, daß auch die im Abs. 2 angeordneten Maßnahmen im verfügenden Teil des Urteils zum Ausdruck gebracht werden müssen; der Gebrauch des Wortes „ist" bewirkt nur, daß der zuzusprechenden Befugnis der durch Abs. 2 bestimmte Inhalt gegeben werden muß; so: zit. RG. E. 14 153 (anders früher III R. 1 598), Stuttgart 7. Juli 75 St. 5 66; aM. Hälschner 2 212.

Hat aber der Inhalt der Anordnung dem Abs. 2 zu entsprechen, so folgt daraus, daß der Richter auch darauf erkennen muß, daß die Bekanntmchg., wenn möglich, in demselben Teile der Zeitung erfolge, der den Abdruck der Beleidgg. enthielt; er kann nicht einen beliebigen anderen Teil der Zeitung zur Bekanntmchg. bestimmen; aM.: RG. II 3. Feb. 82, I 27. Mai 86, E. 5 381, 14 153, Berlin 13. März 78 St. 8 155, Geyer 2 39, welche die im Abs. 2 bezeichnete Stelle nur als die Regel gelten lassen wollen, von der der Strafrichter nach der ihm gemäß Abs. 1 eingeräumten Befugnis aus Zweckmäßigkeitsgründen abweichen dürfe. Dagegen erscheint es mit den Bestimmungen der Abs. 1 und 2 im Zusammenhange miteinander vereinbar, daß ev. die Bekanntmchg. auch noch durch ein anderes Blatt angeordnet werde; RG. II 24. Sept. 86 E. 14 327.

12) Die Herbeiführung der Bekanntmchg. hat auf Antrag (N. 13) durch die Strafvollstreckungsbehörde, der dabei PreßG. § 10 zur Seite steht, zu geschehen; so die GM. insbs.: RG. III 14. Apr. 80 R. 1 598, I 27. Mai 86, II 17. Mai 87, E. 14 153, 16 73. Folgeweise sind die entstehenden Kosten als Prozeßkosten i. S. der StPO. § 496 anzusehen und von dem Verurteilten einzuziehen (vgl. GerichtskostenG. § 79[3]); Frank N. 1.

13) Ob der „Antrag des Beleidigten", den Abs. 2 voraussetzt, vor Erlaß des Urteils zu stellen ist oder, falls das Urteil nur überhaupt die Bekanntmchgsbef. gemäß Abs. 1 zuspricht, noch im Strafvollstreckungsverfahren gestellt werden kann, ist bestritten. Da die in Abs. 2 verordneten Maßnahmen nur als Zusatzbestimmungen zu Abs. 1 anzusehen sind und deshalb nach richtiger Auffassung ebenfalls im verfügenden Teil des Urteils zum Ausdruck gebracht werden müssen (N. 11), so muß auch gefordert werden, daß der für ihre Anwendung nötige Antrag des Beleidigten vor dem Urteil gestellt ist. Die (in den früheren Aufl. vertretene) entgegengesetzte Ansicht würde dazu führen, daß dem Beleidigten eine unbegrenzte bis zur Strafvollstreckungsverjährung oder bei Auffassung der Bekanntmchgsbef. als Privatgenugtuung (N. 4) bis zu der erst nach 30 J. eintretenden Verjährung des rechtskräftig festgestellten Anspruchs (§ 70 N. 6$_2$) dauernde Antragsbefugnis habe gewährt werden sollen, ein Ergebnis, das der Gesetzgeber bei den der Bekanntmchgsbef. in Abs. 1 gezogenen engen Grenzen unmöglich gewollt haben kann. So im wesentlichen RG. I 27. Mai 86, II 17. Mai 87, E. 14 153 (160), 16 73 (abweichend das N. 12 zit. R. 1 598), sowie dessen neuere Praxis. AM.: Lucas S. 309, Frank N. 1, Glaser 2 12, 22.

Ist der Beleidigte nach Stellung des Antrags, aber vor Fällung des Urteils verstorben, so ist die Befugnis gemäß Abs. 1 den Erben nicht zuzusprechen (N. 5c), wohl aber ist trotzdem die Bekanntmachung gemäß Abs. 2 zu bewirken; zit. RG. E. 16 73 (76).

Digitized by Google

Zu Absatz 3. N. 14.

14) Fraglich ist, ob die Vorschrift des Abs. 3 hinsichtlich deren Natur das N. 4 Bemerkte gilt, nur auf die in Abs. 1, 2 bezeichneten Fälle der Beleidgg. oder auf Beleidggen aller Art sich beziehe. Für die letztere Ansicht spricht der Wortlaut des Abs. 3 an sich, für die erstere dagegen die Stellung der Vorschrift im letzten Abs. des § 200 und zwar um so mehr, als diese Stellung dem Abs. 3 in Abweichung vom PrStGB. § 163 gegeben ist, der mit der entsprechenden Bestimmung begann. Allein es soll dieses nach dem Zeugnisse von Rüdorff (in den älteren Auflagen seiner Textausgabe) „aus redaktion. Rücksicht auf § 165" geschehen sein, und in der Tat harmoniert die Fassung des Abs. 3 mit der des § 165, völlig, auch hatten die Bestimmungen des § 165 gegenüber denen des PrStGB. § 134 eine ähnliche Umstellung erfahren. Man wird hiernach die Vorschrift des § 200, auf alle Beleidigungen zu beziehen haben, auch deshalb, weil jene Vorschrift wohl als eine besondere Konsequenz aus Abs. 1, nicht aber aus Abs. 2 sich rechtfertigen würde, da im Falle des Abs. 2 die Bekanntmachung von Amts wegen erfolgt (N. 12). So: Berlin 5. Apr. 76 St. 6 277, Berner S. 497, Dochow HH. 3 369, Hälschner 2 210, v. Liszt S. 351, Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 11, jetzt auch Oppenh-D. N. 15. AM.: München 5. Mai 73 St. 2 321, Schütze S. 364, Frank N. II, Meves N. 10.

Im übrigen vgl. § 165 N. 5.

Digitized by Google

Nachträge und Berichtigungen.

S. 25 N. 7 Z. 1 statt „§ 7“ lies „§ 6“.

S. 40 N. 5 Abs. 1 vorletzte Z. streiche das zweite „nicht“.

S. 63 Z. 14 v. o. statt „v. 25. Juli“ lies „zus. Bek. v. 10. Septbr.“.

S. 86 N. 2 Z. 10 v. o. streiche „nicht“.

S. 93 Z. 3 v. o. füge als Seitenzahl hinzu: 355.

S. 138 Z. 1 v. o. füge hinter der Klammer hinzu: „was dadurch nicht beeinflußt wird, daß die Freisprechung des Angekl. nicht aus § 193, sondern aus § 51 erfolgte (RG. III 10. Mai 04 G. 51 357)“.

S. 175 N. 29 Abs. 1 letzte Z. füge hinter der Klammer hinzu: „IV 21. Juni 04 E 37 215 (gleichfalls f. d. schwurgerichtl. Verfahren btr. Anstiftg. eines Täters oder mehrerer Mittäter derselben einen Straftat)“.

S. 178 N. 7 Abs. 2 Z. 5 v. o. statt „N. 16“ lies „N. 6“; Z. 6 hinter dem Zitat füge hinzu: „wenn aber bei einer strafb. Hdlg., die für den Täter als fortgesetztes Delikt anzusehen ist, dieser nicht beim Beginn seiner Tätigkeit, sd. in einem späteren Stadium durch einen Dritten zur Ausführung einzelner, den Tatbestand erfüllender Akte bestimmt wird, so ist mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit der fortgesetzten Hdlg. (§ 73 N. 18) eine strafb. Anstiftg. nicht anzunehmen; aM. RG. IV 13. Nov. 00 E. 34 5“.

S. 190 N. 14 Z. 1 hinter „Wissentlichkeit“ füge hinzu: „über dessen Begriff RG. I 17. Nov. 04 E. 37 321 zu vergleichen“.

S. 196 N. 5a Abs. 2 Z. 3 v. u. füge in der Parenthese zum Anfang ein: „RG. I 24. Okt. 04 G. 52 “.

S. 197 Z. 4 v. o. füge hinzu: „I 29. Jan. 03 E. 36 228“.
Z. 9 v. o. schalte vor den Zitaten ein: „die zitt. RG. 30 142, 36 228“.

S. 198 N. 9 Z. 12 v. o. hinter dem Zitat von Oppenh. schalte ein: „Lindenberg DJZ. 9 1054“.

S. 227 N. 8 Abs. 1 letzte Z. schalte vor den Zitaten ein: „desgl. gg. Überschreitungen des Hausrechts, z. B. eines Gastwirts, der ohne die Voraussetzungen des BGB. §§ 858 ff. die gewaltsame Entfernung eines Gastes vornimmt; RG. I 24. Okt. 04 G. 52 “.
N. 9aβ Z. 2 v. o. füge hinter dem Zitat hinzu: „RMG. I 7. Jan. 04 E. 6 223 (f. d. Fall von Beleidggen)“.

S. 250 N. 2 Ia zwischen den Absätzen btr. § 112 u. § 137 schalte ein als neuen Absatz: „§ 133 (vgl. auch § 348_2): II 19. Okt. 00 E. 33 413 (f. jedoch § 133 N. 7)“.

S. 251 letzte Z. füge am Schluß der Parenthese hinzu: „vgl. dagegen RMG. III 1. März 04 E. 6 267 btr. Irrt. über die Vorgesetzteneigenschaft unter richtiger Unterscheidung zwischen Irrt. über die tats. Verhältnisse u. die gesetzl. Vorschriften über Vorgesetzteneigenschaft)“.

S 252 N. 2 II Z. 3 v. o. füge im Eingange hinzu: „§ 97: III 1. März 04 E. 6 267“.

S. 253 N. 6 Z. 17 v. o. füge hinter den Zitaten hinzu: „RMG. II 26. Aug. 04 E. 6 3 (mit der weiteren Ausführung, es genüge zur Annahme eines Eventualdolus nicht, daß der Täter bei vernünftiger Überlegung u. Prüfung mit der Möglichkeit eines anderen, als des zunächst beabsichtigten Erfolges habe rechnen müssen; habe Täter an die Möglichkeit eines anderweiten Erfolges tatsächlich nicht gedacht, so könne höchstens Fahrlässigkt. vorliegen, außer wenn dem Täter die Folgen seiner Tat überhaupt gleichgültig gewesen seien), II 30. Jan. 04 E. 6 239“.

Digitized by Google

S. 257 N. 17a letzte Z. füge hinzu: „RMG. II 10. Feb. 04 E. 6 262);"
N. 17b vorl. u. letzte Z. statt „zit. RMG. E. 5 15" lies: „zitt. RMG. E. 5 15, 6 262)".

S. 262 Z. 6 v. o. vor „welche" schalte ein: „Allfeld Rechtsirrt. i. Strafr. S. 4 ff.".
N. 31aα Z. 2 v. o. vor „§ 137" schalte ein: „§ 133 (II 19. Okt. 00 E. 33 413);"

S. 267 N. 15b Z. 4 v. o. füge hinzu: „III 9. Mai 04 E. 51 356".
N. 15b letzte Z. unter Streichung des letzten Satzes von „anders" ab, lies: „sowie zit. E. 51 356 (dieses unter ausdrücklicher Aufgabe von III 23. Okt. 80 N. 2 380); anders jedoch I 7. Juli 98 E. 31 244".

S. 272 N. 17 Z. 6 v. o. schalte hinter den Zitaten ein: „eine Vollmacht zur Vornahme von Rechtshandlungen kann vielmehr in Verbindung mit den obwaltenden Umständen nur eine, zwar an sich prozessual zur Annahme einer Antragsberechtigung des Bevollmächtigten ausreichende, jedenfalls aber durch den Nachweis des fehlenden Willens des Machtgebers, einen Antrag zu stellen, widerlegbare Vermutung abgeben; RG. I 17. Okt. 04 E. 52 ".

S. 290 N. 5a Z. 5 v. u. schalte vor dem Zitat ein: „desgl. IV 1. Juli 04 E. 51 , wenn bei einer durch Veröffentlichung desselben Zeitungsartikels begangenen, aber mehrere ehrenrührige Behauptungen enthaltenden Beleidgg. verschiedene Personen mitgewirkt haben, so sind die nur an einer der Bldggen Beteiligten, auch falls die B. in Beziehung auf den Haupttäter als eine Tat sich darstellt, als Beteiligte i. S. des § 63 doch nur bezüglich dieser einen Behauptung anzusehen".

S. 316 Z. 2 v. o. hinter „E. 33 426" schalte ein: „RMG. II 16. März 04 E. 6 297,"

S. 332 N. 7c vgl. auch RG. IV 1. Dez. 99 E. 32 394.
N. 8 Z. 4 v. u. den Zitaten füge hinzu: „und ebenso RMG. II 30. Dez. 03 E. 6 216".

S. 333 N. 8a Abs. 2 Z. 2 v. u. füge dem Zitat des RMG. hinzu: „II 30. Dez. 03 E. 6 216".

S. 336 N. 12b letzte Z. füge hinzu: „aM. Kohler S. 47 42 (Idealkonk.)".

S. 338 N. 36b Z. 3 v. u. anschließend an die Zitate des RG. schalte ein: „RMG. II 16. März 07 E. 6 297".

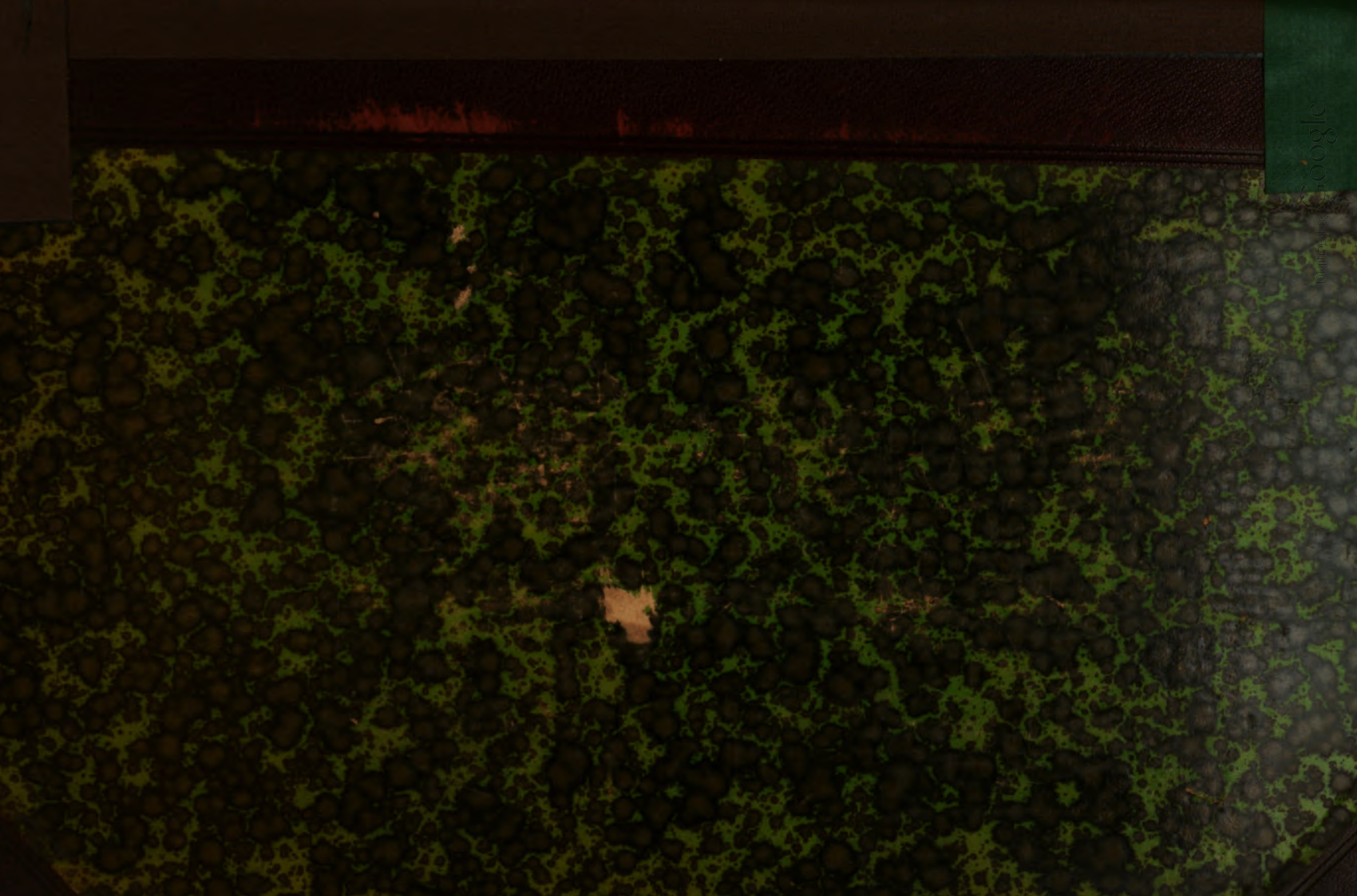
S. 361 N. 10 vgl. auch München Oberstes LG. 23. Juli 04 E. 4 416.

S. 472 N. 2f vgl. auch RG. I 29. Dez. 04 E. 37 , das an sich dem zit. RG. E. 15 39 beitretend, die Frage, ob ein Fürsorgezögling auf dem Transport in die Anstalt Gefangner sei erörtert und i. o. bejaht.

S. 534 Z. 25 v. u. statt „München Oberstes LG. 31. Dez. 01, 23. Juli 98, BayerE. NF. 6 700, 10 87" lies: „München OLG. usw., E. 6 700, 10 87".

S. 544 N. 8 Z. 6 v. u. stelle in die Lücke als Seitenzahl ein: 348.

S. 597 letzte Z. füge am Schlusse hinzu: „RG. IV 1. Juli 04 E. 51 ".

Digitized by Google

Digitized by Google